# HISTOIRE
# DE
# L'ORGANISATION JUDICIAIRE
# EN PAYS D'ISLAM

# HISTOIRE
## DE
# L'ORGANISATION JUDICIAIRE EN PAYS D'ISLAM

PAR

**ÉMILE TYAN**

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES
DE BEYROUTH

Deuxième édition
revue et corrigée

LEIDEN
E. J. BRILL
1960

*Copyright 1960 by E. J. Brill, Leiden, Netherlands.*

*All rights reserved. No part of this book may be reproduced or translated in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.*

PRINTED IN LEBANON

## Système de transcription des caractères arabes adopté dans le présent ouvrage

| | | | |
|---|---|---|---|
| ء | ʾ | ض | ḍ |
| ب | b | ط | ṭ |
| ت | t | ظ | ẓ |
| ث | ṯ | ع | ʿ |
| ج | ǧ | غ | ġ |
| ح | ḥ | ف | f |
| خ | ḫ | ق | ḳ |
| د | d | ك | k |
| ذ | ḏ | ل | l |
| ر | r | م | m |
| ز | z | ن | n |
| س | s | ه | h |
| ش | š | و | w |
| ص | ṣ | ي | y |

ة : *état absolu* a, *état construit* at.

# INTRODUCTION

Depuis la seconde moitié du XIX$^{e}$ siècle, l'étude du droit musulman a retenu l'attention du monde savant occidental, et beaucoup d'ouvrages ont été publiés, en vue de faire connaître ce corps compact de législation qui a régi et continue, tout au moins en partie, à régir des peuples nombreux et de races différentes. Malheureusement, certains d'entre eux n'ont qu'une faible valeur scientifique, du fait principalement que les sources premières de la matière n'y ont pas été utilisées et le travail a dû être fait sur des ouvrages de seconde main. Dans d'autres, on ne relève pas un effort appréciable dans le sens d'une présentation historique de l'exposé des institutions juridiques, une description scientifique de l'évolution de ces institutions.

Quant à ceux parmi les auteurs qui ont préféré, aux travaux d'ensemble, l'étude de telle ou telle institution particulière ou d'un groupe d'institutions, leur attention a été plutôt tournée du côté des institutions de fond. Dans ce domaine, le travail a été plus sérieux et les résultats meilleurs. Mais là encore on ne peut pas s'empêcher de constater qu'on s'est souvent limité à employer les sources strictement juridiques, les ouvrages anciens de droit, les compilations des *fuḳaha* ou juristes musulmans, sans recourir aux ouvrages et compilations connexes, tels que les annales et chroniques historiques qui constituent une source de renseignements du plus haut intérêt et qui projettent sur l'étude des institutions juridiques une clarté singulièrement lumineuse. En effet, les développements des juristes musulmans ne correspondent pas très souvent à la réalité pratique. Comme l'a déjà remarqué le savant orientaliste, Snouck-Hurgronje, « la séparation ( de la doctrine et de la pratique ) empêcha grandement « l'évolution ultérieure du droit de se traduire dans la vie pratique... « des milliers et des milliers de musulmans se sont adonnés dans la « suite des siècles à l'étude de la théologie et du droit et se sont éver- « tués à poursuivre jusque dans les moindres détails casuistiques ce « droit devenu de plus en plus théorique... L'Ecole continue à en- « seigner avec le plus grand sérieux quels fonctionnaires il y a dans « l'Etat mahométan théorique, qui n'existe nulle part en réalité, et en « quoi consistent leurs fonctions ; elle continue à décrire l'adminis- « tration des revenus imaginaires de cet Etat d'après des lois qui n'ont « été tant soit peu appliquées que pendant les toutes premières an-

« nées de l'Islam, elle continue à tracer la route qu'il faut suivre pour « amener le monde entier sous l'autorité mahométane et à détermi- « ner les lois de la guerre, les droits et les obligations des infidèles « soumis etc. etc..., elle ne se lasse pas d'enseigner une doctrine des « contracts civils et de droit commercial absolument inapplicables « dans les conditions actuelles du commerce et des affaires; en un « mot, elle continue à tracer les règles du droit qui devraient régir le « monde s'il était tout autre que ce qu'il est en réalité[1] ».

Il faut donc se reporter aux ouvrages historiques, lesquels, n'étant pas faits dans l'intention d'exposer les règles juridiques qui régissent ou devraient régir l'Islam, contiennent, sur la vie juridique réelle, sur le fonctionnement des institutions, leur apparition et leur disparition, et sur une foule d'autres points, des renseignements véridiques de la plus haute importance.

Il nous a paru utile de tenter, suivant cette méthode, l'étude de l'organisation du pouvoir judiciaire en pays d'Islam, et notamment, la juridiction du ḳāḍi. Cette juridiction fait l'objet de très longs développements dans les compilations des juristes ou fuḳaha, et elle a donné lieu à une abondante littérature. Et pourtant elle est historiquement mal connue. Si l'on se reporte aux compilations des auteurs musulmans, on pourrait aisément se méprendre sur la nature de cette institution, sur son ampleur, se figurer notamment qu'elle constitue le seul organisme ayant compétence en Islam pour dire le droit, trancher les litiges de toutes sortes. D'autre part, la littérature scientifique moderne n'a examiné l'institution judiciaire islamique que très sommairement, suivant les renseignements recueillis dans les ouvrages de fiḳh, en reproduisant souvent les erreurs, anachronismes, qui fourmillent dans ces ouvrages, négligeant la description de l'évolution historique de l'institution, les renseignements extrêmement intéressants que l'on trouve, à cet égard, dans les chroniques d'histoire générale.

L'institution judiciaire en Islam, comme naturellement partout ailleurs, est une des institutions les plus importantes de l'Etat. Elle présente, même, en Islam, un intérêt encore plus particulier provenant de causes générales et de causes spéciales. Les causes générales consistent en ce que la législation musulmane ne présente pas cette continuité dans le développement qu'on relève dans d'autres législa-

(1) *Revue Hist. Relig.*, XXXVII, 21.

tions dont on étudie ordinairement l'histoire, comme, par exemple, le droit romain. Il faut, dans l'histoire du droit musulman et de chacune de ses institutions, tenir compte de ce fait, à savoir la différence profonde entre le milieu où a pris naissance la législation à base coranique et le ou plutôt les milieux, où, par l'effet des conquêtes de l'Islam, cette législation a dû prendre pied et se développer. Quoique nous ne pensions pas que la législation qui devait plus tard être connue sous l'appellation de droit musulman, ait emprunté grand chose aux préceptes du Coran et de la Sunna authentique, il n'en reste pas moins que l'origine politique du pouvoir conquérant devait influencer dans un sens particulier et original le développement des institutions juridiques et plus spécialement l'institution judiciaire. Nous aurons d'ailleurs à revenir longuement sur cette question des origines.

D'autre part, certaines caractéristiques particulières de l'institution judiciaire islamique, telles que son caractère nettement religieux et traditionaliste, confère à cette institution une originalité manifeste.

L'étude des origines de l'institution judiciaire ainsi que de son développement nous révèlera, contrairement à une opinion courante, que cette institution ne constitue pas un pouvoir séparé et indépendant des autres pouvoirs de l'Etat ; qu'en particulier, elle est dans un état de dépendance étroite à l'égard du pouvoir exécutif, qui relève en principe du même titulaire. En d'autres termes, la justice, en Islam, a toujours été une justice retenue, affectant des modalités particulières. Comme nous aurons l'occasion de l'expliquer, le juge, en Islam, n'exerce ses attributions qu'en vertu d'une délégation, soit du souverain, soit de ses représentants. Et lorsqu'un juge — tel que le juge suprême, le ḳāḍi al-ḳūḍāt ou le ḳāḍi d'un vaste ressort — reçoit pouvoir de nommer des ḳāḍi subalternes, ceux-là apparaissent comme les mandataires-délégués de celui qui les a désignés. Tout le cadre de la magistrature judiciaire, du haut de l'échelle jusqu'au bas, n'est qu'une suite de délégations. Cette notion de délégation est très féconde dans l'histoire de la constitution, non seulement du pouvoir judiciaire, mais de tous les autres pouvoirs, en Islam.

Nous étudierons plus loin la nature intime de cette délégation-mandat qui constitue en même temps un ordre. Cette étude est très révélatrice à beaucoup d'égards, — en ce que, particulièrement, elle nous aide à découvrir les origines véritables de notre institution. Cette conception domine toute l'organisation judiciaire, aussi bien dans

ses organismes supérieurs et de judicature proprement dite que dans les organismes inférieurs et les fonctions auxiliaires. Elle implique une dépendance étroite entre le délégant et le délégué ; et si l'on considère les rapports entre la fonction judiciaire et la fonction exécutive proprement dite, dans la mesure où cette distinction a été perçue et établie en droit public musulman, elle comporte une dépendance étroite, une subordination du judiciaire envers l'exécutif. L'évolution historique de cette conception tendra dans le sens d'un affaiblissement, en ce que la fonction judiciaire cherchera de plus en plus à se dégager d'un pouvoir étranger à elle, à acquérir une certaine autonomie. Mais il faut bien s'entendre sur le sens de cette autonomie. On ne doit pas y voir, à notre avis, une sorte d'indépendance du judiciaire à l'égard de l'exécutif ; nous verrons, au contraire, que les empiètements des organes administratifs proprement dits ont été constants sur le judiciaire ; que, sauf un certain nombre d'exceptions, les ḳāḍi ont été les préposés obéissants des maîtres du pouvoir et des instruments dociles au service de leurs visées politiques et de leurs intérêts particuliers. Ce qu'il faut entendre par ce terme d'autonomie, c'est que la fonction judiciaire a tendu constamment à perdre son caractère d'être une dépendance, une prérogative du pouvoir exécutif, pour prendre corps en un organisme ayant sa vie propre, distinct des autres organismes de l'Etat.

Cet organisme, chétif à ses débuts, se révèlera particulièrement vivace et attirera à lui des attributions toujours accrues. Cette progression sera la conséquence — aussi contradictoire que cela puisse paraître, — tant de la constitution et du développement de l'Etat musulman que de son déclin et de la décadence des institutions du pouvoir exécutif. En effet, la fonction judiciaire, étant l'une des fonctions primordiales de l'Etat, profitera nécessairement du développement de cet Etat ; et d'autre part, lorsque cet Etat s'affaiblira, la fonction judiciaire, devant répondre à des besoins internes impérieux permanents, à des nécessités qui sont étrangères aux contingences politiques, se maintiendra et attirera à elle beaucoup d'attributions qu'exerçaient des organes politiques, désormais défaillantes.

Ce qui contribuera encore à donner à l'institution judiciaire islamique une importance plus considérable que dans d'autres milieux, à lui faire jouer un rôle de premier plan, c'est l'inexistence reconnue d'un pouvoir législatif. C'est un principe qui a toujours été proclamé, dans l'Islam sunnite, que la source première de toute loi se trouve dans le livre saint, le Coran, et dans la Sunna du Prophète et l'accord de la communauté ( Iǧmāʿ ). Par conséquent, on ne recon-

naîtra à personne, pas même au calife, un pouvoir de législation. Il devait résulter nécessairement de là une extension exorbitante du pouvoir d'interprétation, surtout aux premiers siècles, camouflant un vaste et profond travail d'adaptation et de création, auquel les magistrats chargés d'attributions judiciaires devaient participer dans une très large mesure.

D'autre part, on serait tenté de croire, comme nous l'avons déjà indiqué plus haut, sur la foi des compilations des juristes musulmans et des auteurs modernes qui les ont utilisées, que l'unique représentant et titulaire du pouvoir de juridiction en Islam, est le magistrat appelé ḳāḍi, auquel on confère, par conséquent, une importance exorbitante. On est bien obligé cependant de constater que jamais le ḳāḍi n'a été le seul organe de juridiction. De vastes et considérables compétences lui ont toujours échappé, notamment, pour une très grande part, la juridiction répressive. Un grand nombre d'organismes purement administratifs concouraient à l'exercice de fonctions judiciaires, tels que la *šūrṭā*, *la ḥisba*, sans parler de juridictions qui sont apparues au cours de l'histoire et qui ne se sont pas maintenues très longtemps, comme la juridiction du *ḥāǧib*, ni des juridictions spéciales ou d'exception, comme celles du *ḳāḍi al-ʿaskar*, sans parler surtout de l'exercice effectif de la justice par les chefs du pouvoir exécutif, suivant la procédure célèbre des *maẓālim*.

En ce qui concerne la nature de la fonction du ḳāḍi, nous devons remarquer qu'elle ne constitue pas une fonction exclusivement judiciaire. De par le caractère nettement religieux que ce magistrat a acquis de bonne heure, il attirera à lui des compétences qui n'ont rien de juridictionnel mais qui lui sont venues en raison même de ce caractère religieux. C'est ainsi que le ḳāḍi est devenu le préposé à la gestion des biens *waḳf* ou *ḥubūs* — biens de mainmorte, immobilisés, en principe, en vue d'une destination pieuse —, le gérant des biens des mineurs et orphelins, souvent, et dans quelques pays, comme en Andalousie, le préposé à la garde du Trésor public, le *bayt māl al-muslimīn*, etc. Cela est vrai à tel point qu'on voit un juriste soutenir que l'essence des attributions du ḳāḍi ne consiste pas dans l'exercice de la juridiction proprement dite, mais dans la gestion des waḳf ou ḥubūs, des biens des orphelins et des absents, gestion qui, de par sa nature propre, ne saurait être assumée par d'autres que lui[1].

(1) Kināni, glose sur Ibn Farḥūn II, 196.

L'étude de l'organisation judiciaire nous fournira l'occasion d'observer les conceptions sociales, les mœurs privées et publiques, les idées politiques dominantes, l'organisation des pouvoirs publics, à telle ou telle époque, dans tel ou tel milieu.

Nous avons divisé ce travail en deux parties. La première est consacrée — après une étude d'ensemble sur la question des origines de l'institution judiciaire islamique — à la juridiction du magistrat judiciaire proprement dit, le ḳāḍi. Dans la seconde partie, nous traiterons des autres juridictions auxiliaires ou connexes, les organismes, d'ordres divers, qui exercent des compétences juridictionnelles. ( *šurṭa, ḥisba, maẓālim*, etc. ).

# Première Partie

CHAPITRE PREMIER

# LE PROBLEME DES ORIGINES

## Section I. — Notions générales

La question des origines de l'institution judiciaire est une des questions les plus difficiles que l'on rencontre dans l'étude des institutions privées et publiques du monde musulman. En ce qui concerne les institutions administratives dans l'Etat musulman, la science moderne est arrivée depuis longtemps à des conclusions qui paraissent définitives ; elle a décelé les origines véritables de ces institutions, a montré leur étroite parenté avec les institutions byzantines et persanes qui régissaient les pays où la puissance islamique s'est établie, a décrit comment les conquérants arabes, placés du jour au lendemain devant des problèmes auxquels ils n'avaient pas été habitués, n'ont fait qu'adopter purement et simplement les procédés de gouvernement et d'administration en usage avant leur avènement. Ces conclusions ont été commandées non seulement par le rapprochement entre l'état de l'organisation publique avant la conquête et après elle, mais aussi par les textes des auteurs musulmans eux-mêmes qui reconnaissent, à maints endroits, le maintien des institutions antérieures.

En ce qui concerne les institutions de droit privé, la science historique continue à faire des progrès dans le même sens, facilités, eux aussi, par l'analogie frappante qui est relevée entre les règles adoptées par la jurisprudence musulmane et les institutions et coutumes juridiques en vigueur dans les pays où l'Islam s'est développé. Mais il faut bien reconnaître que le travail, sur ce deuxième point, a été beaucoup plus difficile que sur le premier, car, si les auteurs musulmans, notamment Ibn Ḫaldūn dans ses Prolégomènes, ont fini par reconnaître franchement le caractère non religieux de la plupart des institutions publiques, de gouvernement et d'administration, ces mêmes auteurs, saus aucune discordance, ont toujours soutenu le

caractère religieux et la filiation coranique des règles du droit privé, en camouflant par des procédés divers et factices leurs véritables origines historiques, de telle sorte que la jurisprudence de l'Islam finit par produire, comme l'a dit un savant orientaliste, « une impression d'unité et même d'originalité[1] ». Il a fallu donc, pour les institutions de droit privé, procéder à un travail laborieux de critique interne des textes et de rapprochements historiques. Des difficultés du même genre existent, quant à notre sujet, provenant, comme celles que nous venons d'indiquer, de cette sorte de conspiration des textes à masquer les origines véritables des institutions.

Par ailleurs, il faudrait se garder de croire, en partant d'une idée inexacte d'unité de l'organisation judiciaire, que cette organisation a procédé, dans un ensemble harmonieux, d'origines communes, et a suivi un cours régulier ; que, moulée dans une structure unique, elle a suffi, par des ramifications sorties de son sein, aux nécessités des conflits de toutes sortes qui peuvent surgir dans la communauté des hommes. En termes plus précis, nous dirons que la juridiction du ḳāḍi est loin de constituer toute l'organisation judiciaire musulmane.

Avant d'entrer dans de plus amples détails en la matière. il convient de procéder à un examen d'ensemble de la doctrine traditionnelle que l'on rencontre chez les auteurs musulmans, sur la question des origines de l'institution judiciaire, et, plus spécialement, de la juridiction du ḳāḍi.

## §. Ier — La doctrine traditionnelle —

La doctrine qui est adoptée par tous les anciens auteurs sur les origines du pouvoir judiciaire est uniformément la même. Elle n'est d'ailleurs qu'une application de la doctrine générale enseignée quant aux origines des institutions juridiques du monde musulman. On la rencontre non seulement dans les ouvrages de jurisprudence[2] mais aussi dans toutes les annales et les chroniques historiques et dans tous les recueils de ḥadīṯ. On ne relève, dans toutes ces compilations,

(1) Lammens, Islam, 93.

(2) Ce terme doit être pris ici, comme dans les autres passages où on le trouvera employé, dans son sens antique et général de science juridique des choses humaines et divines ( cfr. Lammens, *Islam*, 92 ).

aucune note discordante, aucune contradiction d'opinion, aucune controverse. Pour tous les auteurs, l'avènement de l'Islam a été le point de départ des institutions juridiques ; rien de ce qui a pu exister avant lui n'entre en ligne de compte ; c'est de son propre fond qu'il a tiré le principe de toutes les règles qui devaient régir le monde nouveau.

Le Coran a prévu l'institution du pouvoir judiciaire. Mahomet a confirmé cette institution en s'érigeant lui-même comme le premier juge en Islam, en procédant à la désignation d'autres juges ; ses successeurs, plus spécialement, les quatre premiers califes, ont souvent administré la justice aussi bien personnellement que par l'intermédiaire d'autres juges qu'ils désignaient ; ils ont promulgué des réglements portant organisation du pouvoir judiciaire et de la procédure.

Les ḥadīṯ ou traditions qui nous entretiennent du pouvoir judiciaire et de Mahomet administrant la justice, sont très nombreux. On les rencontre aussi bien dans les recueils spéciaux de ḥadīṯ, telle que le *Ṣaḥīḥ* de Buḫāri et le *Ṣaḥīḥ* de Muslim, que dans des ouvrages de toutes sortes, lorsqu'ils traitent du pouvoir judiciaire. Nous n'avons pas à examiner le caractère apocryphe ou authentique des ḥadīṯ ainsi invoqués. Devant simplement exposer la Tradition islamique telle qu'elle s'est constituée au cours des âges, nous devons admettre tous les ḥadīṯ que cette tradition a recueillis ou provoqués. On peut même soutenir que les ḥadīṯ apocryphes sont encore, quant au but que nous avons en vue, plus précieux que les ḥadīṯ authentiques, en ce qu'ils révélent l'état d'esprit qui les a fait naître.

Ces traditions se ramènent à deux catégories. Dans les uns, Mahomet est montré, administrant lui-même la justice entre les membres de la nouvelle communauté islamique et aussi entre des personnes étrangères à elles. Le Prophète de l'Islam est représenté ainsi comme le juge, le ḳāḍi idéal, sur lequel devront prendre exemple tous les ḳāḍi des âges futurs. Dans les ḥadīṯ de la deuxième catégorie, Mahomet est représenté organisant l'institution judiciaire au sein de la communauté islamique. L'exercice de la justice par Mahomet constitue l'une des manifestations éclatantes de sa nouvelle situation de chef incontesté de la communauté. Si nous nous référons à la situation quasi-anarchique de l'autorité, en Arabie préislamique, telle qu'elle se trouve décrite dans les travaux des meilleurs spécialistes ; si, plus particulièrement, nous considérons l'absence d'organisation judiciaire dans ce pays, et le prestige qui s'attachait à la personne qui arrivait à se faire reconnaître tacitement comme l'ar-

bitre auquel on recourait habituellement dans les conflits d'intérêts, comme nous le montrerons plus loin, on comprendra facilement, d'une part, que le Prophète se soit érigé volontiers en juge des litiges qui lui étaient soumis ; d'autre part, que la Tradition, pour glorifier le fondateur de l'Islam, ait cherché à reporter sur sa personne les premiers cas d'exercice de la justice.

Nous n'avons pour le moment, tant en ce qui concerne les ḥadīṯ que les autres textes que nous aurons l'occasion de citer, qu'à les exposer tels que les invoque la Tradition, sans en examiner la véritable portée et le sens réel, examen auquel nous aurons à procéder par la suite.

Les litiges qui sont soumis au Prophète sont de toutes sortes.

Litiges d'ordre pénal, plus spécialement, des cas de vol, brigandage, ivresse, fornication, meurtre, blessures, c'est-à-dire des faits réglementés déjà ou qui devaient, par la suite, être réglementés par le Coran : une femme qui commet un vol au cours d'une expédition militaire et que le Prophète condamne à la mutilation du poing[1], — un homme condamné à la peine du fouet pour délit de boisson[2] ; — un juif condamné à une forte peine corporelle pour avoir blessé une femme par un jet de pierre[3] ; — procès en paiement de la composition coutumière pour une dent cassée[4] ; procès pour adultére, d'un homme contre sa femme[5].

Des contestations d'ordre patrimonial sont, de même, soumises au Prophète. Use personne réclame contre son adversaire la propriété d'un terrain[6], une autre, la propriété d'un puits[7], une troisième, un droit sur des eaux[8], et Mahomet départage tous ces plaideurs : En outre, le Prophète exerce la juridiction gracieuse. Il procède à la désignation d'un tuteur à un mineur[9]. A l'occasion d'autres litiges, le Prophète établit des règlements d'ordre général. Ainsi, il prescrit que la voie publique soit d'une largeur de sept coudées[10]. Il organise, à l'occasion des procès qui lui sont soumis, des règles de preuves et de procédure. Dans les mêmes ḥadīṯ que nous venons de citer, il

(1) Buḫāri, II, 212.
(2) Buḫāri, II, 88 ; IV, 374 s.
(3) » II, 124.
(4) » II, 225.
(5) » II, 237.
(6) » II, 223.
(7) » II, 103.
(8) Māwardi, 73.
(9) Buḫāri, II, 151.
(10) Buḫāri, IV, 513.

est représenté comme n'ayant jugé dans un sens ou dans l'autre qu'après avoir invité le demandeur à produire ses preuves, et, en cas de carence, après avoir déféré le serment au défendeur. Les témoins doivent être au nombre de deux[1]. La mauvaise foi, la chicane, dans la procédure, sont abhorrées par le Prophète[2]. Le magistrat ne doit pas juger alors qu'il est en état en colère[3]. Il doit écouter avec une égale attention le demandeur et le défendeur, leur laisser une égale liberté dans leur défense. Il ne doit accepter aucun cadeau ; il doit s'abstenir de s'adonner au commerce[4].

Mahomet procède à la nomination de ḳāḍi. Il aurait ainsi désigné comme juge le futur calife, 'Umar. Il aurait envoyé son beau-père 'Ali, futur calife, comme ḳāḍi, dans le Yémen. De même, il aurait désigné pour cette région Ḫālid ibn Al-Walīd et Ma'az ibn Ǧabal, pour la Mecque ; Abu-Mūsa Al-Aš'ari aurait aussi été nommé juge[5].

Ces juges qu'il nomme, le Prophète les munit de recommandations et de directives pour l'exercice de leur charge. A l'un, il prescrit d'observer une stricte égalité entre les plaideurs ; à l'autre, il indique la loi à appliquer : Coran, Sunna, etc..[6].

D'autre part, Mahomet, tout en exaltant la fonction judiciaire, faisant ressortir ses difficultés et ses mérites, ainsi que sa nature religieuse, insiste fortement sur l'assistance céleste que reçoit le juge de bonne volonté, les récompenses qui lui sont promises dans l'au-delà, et, en revanche, le châtiment qui attend le mauvais juge ; en tous cas, le compte sévère que tout magistrat doit rendre de sa gestion, devant Dieu. Dans tous les ouvrages qui traitent de la justice, on rencontre des traditions attribuées au Prophète dans les divers sens que nous venons d'indiquer. « 'Ayša a dit : j'ai entendu le Prophète déclarer : le ḳāḍi juste sera soumis à de telles épreuve le jour du jugement qu'il préférera n'avoir jamais jugé. — Les deux tiers des juges sont en enfer ; un seul tiers est au ciel ; ceux qui sont en enfer sont les juges de bonne foi mais qui sont ignorants et les juges de mauvaise foi ; ceux qui sont au ciel sont les juges instruits et de bonne foi. — Quiconque refuse de rendre la justice entre deux plai-

(1) Buḫāri, II 224. (2) Buḫāri, IV, 515.

(3) » IV, 502 ; Zayd ibn 'Ali. 187 ; Māwardi, 61.

(4) Saraḫsi, XVI, 78.

(5) Māwardi, 61 ; Zaid ibn 'Ali, 187 ; Ibn Ḫallikān, II, 288 ; Ibn Al-Jawzi, 58.

(6) 'Abd Al-Rāziḳ. 39 ss.

deurs est maudit de Dieu. — Le ḳāḍi est assisté de deux anges : s'il recherche sincèrement la justice, ils le secourent de leurs conseils, s'il commet une injustice, ils le précipitent dans le feu. — Celui qui fait des démarches pour obtenir un poste de judicature, reste livré à ses seules lumières ; celui qui, au contraire, y est forcé sera toujours assisté d'un ange. — Etre nommé juge, c'est comme si on était assassiné, sans l'emploi d'un poignard (ذبح بغير سكين)[1].

Sur le compte des deux califes Abu-Bakr et 'Uṯmān, très peu de traditions sont rapportées relativement à l'organisation du pouvoir judiciaire. D'après l'une d'elles, qui a pour but de faire ressortir la nécessité pour le juge de prendre conseil avant de prononcer sa sentence, Abu-Bakr, lorsqu'il rendait la justice, recherchait la règle de sa décision dans le Coran ; s'il ne l'y trouvait pas, il la recherchait dans la Sunna du Prophète ; s'il ne l'y trouvait pas encore, il avait recours à l'avis de quelques musulmans[2]. On cite aussi des cas de sentences rendues par Abu-Bakr, en matière d'homicide, et de lésions corporelles[3], en matière de successions[4]. Abu-Bakr aurait nommé le futur calife 'Umar ḳāḍi de la communauté musulmane[5]. 'Uṯmān aurait, nommé ḳāḍi 'Abdallah ibn 'Umar[6].

Le calife auquel on attribue le plus de traditions, qui apparaît comme ayant pris la part la plus active dans l'organisation du pouvoir kadial, est bien 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb. Cette croyance se rattache d'ailleurs à la tradition plus générale qui représente ce calife comme l'organisateur de la puissance islamique.

On voit tout d'abord 'Umar exerçant lui-même la justice. « Il parcourait les marchés, lisant le Coran et tranchant les procès des plaideurs qui se présentaient devant lui » dit Ṭabari[7]. Il statue sur des procès criminels, des partages de successions, et beaucoup d'autres sortes de causes[8].

Beaucoup plus que ses prédécesseurs, 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb nomme des ḳāḍi, à divers ressorts : Sa'īd ibn Ṯābit, ou Abū Al-Dar-

1) Ibšīhi, I, 115 ; Zayd ibn 'Ali, 189, Isbahāni I, 121 ; Kāsāni VII, 3.

(2) Cf. Amīn, *Faǧr al-islām*, I, 295.

(3) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 38.

(4) Suyūṭi, *op. cit.*, 39.

(5) Ṭabari, I, 2135, 2755.

(6) Cf. 'Abd Al-Rāẓiḳ, 40.

(7) Ṭabari, I, 2755.

(8) Cf. Amīn, *op. cit.*, 296 s.

dā' suivant une autre tradition, à Médine ; Salmān ibn Rabī'a Al-Bāhili, en Irak, puis, à Madāin ; Abū Ḳurra, 'Abdallah ibn Mas'ūd et Abū Mūsa Al-Aš'ari, à Kūfa ; le fameux Šurayḥ, à Baṣra ; 'Umar ibn Sa'īd Al-Anṣāri, à Ḥimṣ ; Ḳays ibn abi Al-'As, en Egypte[1].

En nommant les ḳāḍi, 'Umar leur fixe un traitement. Ainsi, il accorde cinq cents dirhems, par mois, à Salmān Al-Bāhili, juge en Irak ; à Šurayḥ, à 'Abdallah ibn Mas'ūd, cent dirhems et une allocation en nature[2].

A l'instar du Prophète, 'Umar donnait des directions aux ḳāḍi qu'il nommait. Ce point est très important, car il comporte des indications qui exerceront une très grande influence sur le développement de l'institution judiciaire. 'Umar aurait ainsi écrit à l'un de ses ḳāḍi : « Si tu juges en toute justice, tu recevras ta récompense au jour du jugement[3] ». Il recommande à Šurayḥ de ne pas faire de commerce, de ne pas juger en état de colère[4], de juger conformément aux précédents établis par le Prophète, et, à défaut, conformément à la doctrine des grands Imams, et à défaut, de juger suivant sa propre opinion. Il lui recommande aussi de prendre conseil auprès des hommes instruits et pieux[5]. Le juge ne doit juger que sur des preuves et, le cas échéant, il doit déférer le serment à l'un ou l'autre des plaideurs ; il doit être doux envers le faible pour lui permettre d'exposer sa demande sans crainte ; il doit tranquilliser l'étranger, essayer de concilier les plaideurs, les traiter sur un pied d'égalité[6].

Mais, certainement, parmi toutes les traditions, la plus importante de beaucoup est la fameuse épître que 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb aurait adressée à Abū Mūsa Al-Aš'ari. Etant donné son importance, le rôle qu'on lui a fait jouer, nous avons jugé utile d'en reproduire le texte intégral[7]. Ce texte comporte certaines variantes, tant dans sa

(1) Sur tous ces points, cf. Isbahāni, I, 122 ; Ibn Ḳutayba, éd. Brock. 85 ; Wāḳidi, II, 171 ; I, 300 ; Zaydān, I, 111.

(2) Saraḫsi, XVI, 102.

(3) Isbahāni, I, 122.

(4) Saraḫsi, XVI, 66.

(5) Cf. Amīn, *op. cit*, 288.

(6) Iḳd, I, 45 ; Saraḫsi, XVI, 66 ; Kitab al-ḫarāj, 14.

(7) Au nom de Dieu clément et miséricordieux ! De 'Umar, Commandeur des Croyants à 'Abdallah ibn Ḳays, salut ! L'administration de la justice ( al-ḳāḍā' ) est un devoir certain et une coutume suivie. Comprends les prétentions que l'on élève devant toi, car rien ne sert de faire valoir un droit s'il ne doit pas être vérifié. Traite les plaideurs sur un pied d'égalité lorsqu'ils comparaissent devant toi, pour que le puissant ne compte pas sur ton injustice et que le faible ne désespère pas de ta justice. La preuve incombe au

teneur que dans les noms des personnages qui l'on transmis. Nous reviendrons sur ce fameux document, et, particulièrement, sur la question de son authenticité. Notons pour le moment qu'à partir d'une certaine époque — d'ailleurs éloignée de son origine, — on le retrouve dans presque tous les ouvrages de jurisprudence et dans les autres ouvrages, lorsqu'ils traitent de la justice.

Comme on le voit par la lecture de ce document, il contient des règles diverses sur la procédure, l'administration de la preuve, la moralité judiciaire, les sources du droit, etc. Maints auteurs, comme Saraḫsi, prendront cette épître, phrase par phrase, et procèderont sur chacune d'entre elles à un travail d'exégèse détaillé, essayant d'y ramener toutes les règles qui président à l'administration de la

demandeur, et le serment au défendeur. La transaction est permise entre plaideurs, sauf dans le cas où elle aboutirait à autoriser un fait défendu ou à défendre un fait permis. Un jugement rendu la veille et que, après réflexion, tu as trouvé erroné, ne doit pas t'empêcher de revenir dans la voie de la justice, car le droit doit toujours prévaloir, et sache que le retour à la vérité vaut mieux que la persévérance dans l'erreur. Efforce-toi de comprendre, dans tous les cas où tu ressens des hésitations et de l'incertitude, et dans les cas pour lesquels tu ne trouves aucun précepte du Coran ou de la Sunna. Sois au courant des cas qui peuvent être pris comme exemples et desquels on peut en rapprocher d'autres, et procède, ensuite, par analogie, en choisissant la solution qui te paraît la plus chère à Dieu et la plus proche de la justice. Accorde à celui qui prétend avoir un droit, dont il ne possède pas actuellement la preuve, un délai lui permettant de la faire valoir, et s'il arrive à produire la preuve, reconnais son droit, sinon tu jugeras contre lui. Les musulmans sont également admissibles à déposer comme témoins, sauf les condamnés à une peine légale (ḥidd), les faux témoins, les suspects d'être avec le plaideur en rapport de clientèle ou de parenté. Dieu s'est réservé la connaissance des choses secrètes; et il ordonne que toute prétention douteuse soit rejetée. Garde-toi de manifester de l'ennui ou de l'impatience devant les plaideurs et de les maltraiter, car c'est un mérite digne de récompense que le fait d'arriver à reconnaître le droit. Celui dont l'intention est pure à l'égard de Dieu, sera secouru par Dieu dans ses relations avec les autres hommes et celui qui se montre devant les hommes autrement qu'il ne l'est à l'égard de Dieu sera démasqué par Dieu.

(Ibn Ḳutayba, 78 ; 'Iḳd I, 33; Mubarrad, 210; Ǧāḥiẓ, I, II, 59; Māwardi, 68; Ibn Ḫaldūn, 221 ; Saraḫsi, XVI, 63 etc.) — Il a été donné de ce document une traduction en anglais par Margoliouth (JRAS, 1910, 311-312), ainsi qu'une traduction en allemand, par Hammer, indiquée par Margoliouth. La traduction par Margoliouth est bonne en général, sauf quelques erreurs. Cet auteur traduit la première phrase ainsi ; « The judge's office is (the application of) either an unequivocal ordinance of the Kuran or a practice that may be followed ». Or, le terme فريضة n'indique pas le sens d'une règle coranique, mais bien celui d'obligation, de devoir. Margoliouth néglige l'épithète de محكمة qui veut dire : certain, établi. De plus, l'expression de سنة متبعة ne veut pas dire que le juge doit faire application des usages et coutumes en vigueur dans le pays, comme l'explique l'auteur dans son article, mais simplement que le fait de l'administration de la justice est lui-même une coutume suivie généralement dans le monde. C'est à la lumière de l'interprétation que les anciens auteurs ont donnée à la lettre de 'Umar que nous avons fait notre traduction. (Cf. Saraḫsi, XVI, 60 ss.).

justice. Elle n'est pas considérée comme un ensemble de dispositions fragmentaires, de recommandations et de directives sur tel ou tel point particulier, mais une sorte de constitution générale, de charte organique, du pouvoir judiciaire, en Islam. C'est pourquoi, les auteurs musulmans lui ont donné un nom qui convient à sa nature. C'est (l'épître sur l'organisation politique du pouvoir judiciaire et l'administration de la justice » ou plus simplement : « l'épître de la justice » ou « l'épître de la politique[1] » (sous-entendu : en matière judiciaire).

Quant au calife 'Ali, les traditions qui lui sont attribuées relativement à l'organisation judiciaire — étant donné le rôle très effacé qu'il a joué dans la constitution du nouvel Etat — sont très rares et peu intéressantes. On cite, par exemple, qu'il a accordé au ḳāḍi Šurayḥ un traitement mensuel de cinq cents dirhems[2].

Nous n'irons pas plus loin dans l'exposé des traditions qui expriment la doctrine qu'ont adoptée les anciens auteurs musulmans. Sans doute, on en relève beaucoup d'autres, attribuées aux califes de l'époque suivante. Mais nous nous réservons d'examiner ces nouvelles traditions lorsque nous étudierons l'organisation du pouvoir judiciaire au cours du 1er siècle H. Nous devons maintenant exposer la doctrine que l'on trouve enseignée, en la matière, par les auteurs modernes.

## §. 2. — Les auteurs modernes

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire, la question des origines de l'organisation judiciaire en Islam n'a pas encore fait l'objet d'une étude scientifique d'ensemble. Soit que l'on consulte les auteurs qui ont étudié le droit musulman en particulier, soit que l'on se réfère aux travaux d'islamologie, on n'y trouve aucune conclusion formelle et définitive.

Les opinions qui ont été adoptées en la matière se répartissent en deux catégories. D'une part, certains auteurs exposent purement et simplement la doctrine traditionnelle, telle que nous venons de

(1) كتاب سياسة القضاء وتدبير الحكم (Saraḫsi XVI, 60; Jāḥiẓ, I, 201) رسالة القضاء (Ibn Farḥūn I, 21) كتاب السياسة (Kāsāni, VII, 9).

(2) Van den Berg, *Principes de droit musulman*, trad. De Tersant, 205.

l'exposer. « Suivant les anciens de l'Islam, dit Van den Berg[1], la « solution des difficultés concernant le culte et le droit fut réservée « à Mahomet et à ceux qui, vivant dans son intimité, avaient pu se « pénétrer plus profondément de l'esprit des doctrines nouvelles. « Parmi les dépositaires de la pensée du Prophète, les quatre pre- « miers califes tiennent naturellement la première place. Leurs déci- « sions en matière de droit sont prépondérantes... Mais l'empire « mahométan prit bientôt, par la conquête de la Syrie, de l'Egypte et « d'autres régions, trop d'extension, pour qu'il fût possible à son « chef de rendre la justice. Le pouvoir judiciaire fut alors délégué « par le souverain à des fonctionnaires spéciaux dont il se réservait « la nomination et qui furent appelés « qâdhi ».

« Juynboll enseigne la même opinion : « L'administration de la « justice devient ( à l'avènement de l'Islam) une des occupations les « plus importantes de l'autorité centrale. Tout d'abord, ce fut le Pro- « phète lui-même et ses successeurs ainsi que le gouverneurs qu'ils « envoyaient à la tête des provinces, qui s'érigeaient comme juges ; « plus tard, la justice fut exercée par des fonctionnaires spéciaux « appelés ḳāḍi[1] ».

D'autres auteurs, cependant, émettent des doutes sur l'origine que les traditionalistes attribuent à l'institution judiciaire musulmane. Probster dit qu'il « est plus que douteux que l'institution du ḳāḍi ait déjà existé au temps de Mahomet[2] ». Mez tient pour suspecte l'opinion d'après laquelle les premiers califes auraient nommé des juges, et il doute de l'authenticité de l'épître de ʿUmar[3].

Mais la critique la plus serrée des prétendues origines de notre institution, on la trouve dans ʿAbd Al-Rāziḳ[4]. Cet auteur a eu le mérite et le grand courage, dans son milieu, de faire dissidence à la doctrine traditionaliste, en soutenant, au moins, que

(1) *Handbuch des islamischen Gesetzes*, 287. Il faut cependant rendre cette justice à Juynboll qu'après avoir exposé sommairement l'état primitif de l'organisation judiciaire dans l'Arabie préislamite, il reconnaît qu'aucun changement essentiel n'y fut apporté par Mahomet. Ce qu'on peut reprocher à cet auteur, c'est la filiation qu'il semble admettre entre cette organisation préislamite et l'organisation judiciaire qui s'est par la suite développée dans le monde musulman. Juynboll reprend son opinion dans l'article «Ḳāḍi», de l'Encyclopédie de l'Islam.

(2) Edgar Probster, *Die Anwaltschaft in islamichen Recht*, ( Islamica, 1932, 546 ).

(3) Mez, *Die Renaissance des Islams*, 207, n. 3.

(4) *Al-Islām wa uṣūl al-ḥukm*, 39 ss.

« l'état de la justice à l'époque du Prophète ne manque pas « d'obscurité, et qu'il est difficile de pouvoir formuler sur ce sujet une « opinion admissible scientifiquement ». Nous reprendrons plus loin, les arguments par lesquels l'auteur justifie son opinion. Disons seulement, maintenant, que 'Abd Al-Rāziḳ rejette comme douteuses toutes les traditions d'après lesquelles Mahomet aurait lui-même administré la justice, constitué le principe d'une véritable organisation de ce pouvoir, nommé et délégué des juges[1].

Cependant, ces vues générales ne constituent qu'une critique incidente et négative de la doctrine traditionaliste. Il faudrait, nous semble-t-il, procéder à une critique d'ensemble de la doctrine jusqu'aujourd'hui généralement admise, pour en dégager les éléments valables et ceux qui doivent être rejetés ; d'autre part, rechercher les véritables origines historiques de l'institution judiciaire en Islam. Ce résultat ne peut être atteint qu'à deux conditions ; il faut tout d'abord étudier l'état de la justice dans l'Arabie préislamite, qui est le milieu historique où l'Islam a pris naissance, « le berceau de l'Islam » comme on l'a appelé, le milieu dont s'est inspiré Mahomet dans l'établissement des règles de sa nouvelle doctrine. Il faut aussi étudier cette doctrine en elle-même, examiner les divers textes de l'œuvre coranique et les parties authentiques de l'activité judiciaire du Prophète et en dégager le véritable sens et l'exacte portée, quant à l'institution judiciaire. Il faut enfin comparer cet état de l'organisation judiciaire, en Arabie et dans l'œuvre de Mahomet, avec l'organisation judiciaire telle qu'elle existait dans les provinces byzantines et persanes où l'Islam s'est développé.

## Section II. La justice dans l'Arabie préislamite

### Ier — Notions générales

L'état d'une organisation judiciaire dans un milieu donné est en fonction directe de l'organisation générale sociale et politique de ce milieu. C'est pourquoi il est nécessaire, pour se faire une idée exacte de la justice dans l'Arabie préislamite, de jeter un coup d'œil sur l'organisation politique et sociale de la péninsule arabique, à la

(1) L'ouvrage, renfermant beaucoup d'autres critiques des opinions traditionalistes, a valu à l'auteur sa disgrâce, en Egypte, où il était professeur à l'université islamique de Azhar.

veille de l'avènement de l'Islam. Or, la description du monde arabe à cette époque a déjà fait l'objet de beaucoup de recherches scientifiques, qui ont abouti à des conclusions claires et définitives.

L'organisation sociale de l'Arabie est encore une organisation toute primitive. Individualiste, le bédouin est rebelle à toute autorité, et, à plus forte raison, à toute centralisation. On ne trouve en Arabie préislamite ni pouvoir central, ni cadre politique, pouvant évoquer l'idée d'une organisation étatique. Le seul cadre qui existe est celui du clan ou de la tribu. A la tête de ce groupement se trouve placé le *sayyed* ou *šayḫ*. Dans certains milieux citadins, comme à la Mecque ou à Naǧrān, on relève une forme vague de pouvoir public constitué par l'assemblée des notables de la ville.

Dans la tribu, le sayyd n'exerce pas une autorité de véritable chef. Sans compter que sa situation est souvent contestée, avidement convoitée par les notables de la tribu, l'autorité du sayyd ne comporte aucune des attributions qu'on serait tenté de reconnaître à un chef de groupement, aucune des attributions d'un véritable gouvernement. Comme on l'a fait remarquer, la situation du sayyd « entraîne surtout des charges, suppose des devoirs ». Abstraction faite du rôle actif qu'il doit jouer dans la direction de la guerre, le chef de la tribu doit se mettre à la disposition des siens, tenir table ouverte et surtout contribuer largement au paiement des compositions encourues par l'un des membres de sa tribu, pour meurtre ou une autre agression contre autrui.

Dans les milieux citadins, où l'on perçoit un embryon d'organisation municipale, tout le rôle du sayyd se borne à « conseiller, à étudier, à prévoir, à offrir à la communauté marchande le bénéfice de l'expérience des Pères conscrits[1]», à contrôler et diriger les caravanes ou expéditions commerciales, à organiser des expéditions guerrières[2].

Dans ce cas, comme dans l'autre, dans les villes comme en dehors d'elles, on ne trouve, pour la solution des conflits d'intérêts particuliers, aucune autorité, aucun pouvoir judiciaire organisé. Le sayyd n'est pas le juge ordinaire de sa communauté, encore moins en est-il le juge obligatoire. L'Arabie préislamite est encore au stade de la justice privée et de l'arbitrage volontaire.

(1) Lammens, *La Mecque à la veille de l'Hégire*, 175.

(2) Sur tous ces points, cf. notamm. Lammens, *Le Berceau de l'Islam*, 185 ss.

On y distingue, en effet, deux modalités dans la poursuite d'un droit, consécutive à la lésion d'un intérêt patrimonial ou physique. Lorsqu'il s'agit d'un homicide, l'Arabie préislamite, comme aussi celle d'après l'Islam, admet l'exercice de la justice privée, le *ṯa'r*, avec ses caractéristiques particulières et le tempérament des compositions volontaires. Pour toutes les autres offenses, d'ordre patrimonial, moral ou même physique, la justice privée n'est plus en vigueur ; elle a cédé la place à un système d'arbitrage forcé, avec des caractéristiques toutes particulières, soit quant à sa constitution, soit quant à la procédure, soit enfin quant à la nature des sanctions qu'il comporte et à leur exécution.

## §. 2. — La justice privée

Nous avons déjà eu l'occasion d'exposer, dans un précédent ouvrage[1], le fonctionnement de la justice privée dans l'Arabie préislamite. Nous reprendrons brièvement nos explications, envisagées au point de vue qui nous intéresse maintenant et éclairées par les documents que nous avons pu depuis lors recueillir.

La vengeance est la grande loi, en Arabie, en matière de meurtre. Elle s'exerce aussi bien entre individus, et, plus spécialement, entre individus appartenant à des tribus différentes, qu'entre tribus elles-mêmes, dans lequel cas elle constitue une véritable guerre. Dans un cas comme dans l'autre, elle présente des caractéristiques particulières bien déterminées ; elle porte un nom connu : le *ṯa'r*. Nous n'avons à examiner ce ṯa'r que dans les rapports entre individus.

La formule générale qui peut servir à définir le *ṯa'r* est que tout homicide doit être vengé par le meurtre de l'agresseur ou de l'un ou de plus d'un de ses contribules. Le *ṯa'r* présente tout d'abord un caractère impersonnel tant au point de vue de l'agent qu'au point de vue du sujet.

Au point de vue de l'agent, rappelons qu'au cas de meurtre d'un Arabe, c'est la tribu à laquelle il appartient qui est considérée, au premier chef, comme atteinte. Ce sera, par conséquent, à la tribu,

(1) *La responsabilité délictuelle en droit musulman*, Th. Lyon, 1926, 13 ss.

au clan, de se venger, par l'intermédiaire de l'un de ses membres. Cette puissante et efficace solidarité entre les membres d'une même tribu est telle qu'elle constitue la seule protection de l'individu dans ce pays manquant d'autorité centrale. C'est pourquoi, la situation du hors-la-loi, de l'individu qui n'est affilié à aucune tribu, est redoutable et pleine de périls, et que, par contre, l'étranger, une fois agrégé à un clan — le *ḥalīf* — ou, seulement, admis à son hospitalité, — le *ǧār* — sera sûr en cas d'agression, d'être vengé par ce clan[1].

Mais si le droit de vengeance appartient, en principe, à la tribu tout entière, l'individu qui en est le premier titulaire, qui, le premier, est appelé à l'exercer est le parent le plus rapproché de la victime : le fils, un descendant quelconque, le frère.

Le vengeur, quel qu'il soit, portera une appellation appropriée ; c'est le *wali al-damm*, (ولي الدم), «celui qui a pris le sang à sa charge », ou *ṣāḥib al-damm* (صاحب الدم) « le maître du sang », ou *ḥāmil al-damm* (حامل الدم) « le porteur du sang », ou encore *mawtūr* (الموتور) « qui a une vengeance à consommer ».

Le *ṯa'r* est aussi impersonnel au point de vue de son sujet. Le *wali al-damm* ne cherchera pas nécessairement à exercer sa vengeance sur le coupable lui-même. Dans l'exercice de la vengeance, « l'injustice est appréciée, non d'après sa cause, mais d'après ses effets, non d'après des circonstances qui ont leur siège dans la personne de l'auteur, mais uniquement au point de vue du lésé[2] ». Le vengeur cherchera une satisfaction adéquate à son ressentiment et au préjudice apprécié par lui-même. S'exagérant naturellement la valeur de la situation de la victime — parent ou contribule — le *wali al-damm* poursuivra souvent un homme d'une situation encore plus élevée, dans la tribu à laquelle appartient le coupable, parfois le chef — sayyd — de cette tribu, celui dont la perte sera le plus sensible à celle-ci. « C'est le sacrifice du sang noble qui donne la paix » à l'âme du vengeur الدم الكريم هو الثأر المنيم dit un adage arabe. Mais, dans d'autres cas, il se contentera de se venger sur l'un quelconque des membres de la tribu à laquelle appartient le coupable[3].

(1) Cf. Robertson Smith, *Kinship and marriage in early Arabia*, 55 ; Lammens, *Le caractère religieux du Thār*, 86 ; Ṭāha Ḥussein, *Al-adab al-ǧāhili*, 255 s. ; *Aǧāni*, nouv. éd., III, 19, 40.

(2) Von Ihering, *De la faute en droit privé*, trad. Meulenaere, 12.

(3) Par conséquent, toute idée de responsabilité est écartée (يقتل ذا الذنب ومن لا ذنب له) C'est la responsabilité du groupe qui se substitue à celle de l'individu.

Le *ṯa'r* est illimité. Une seule victime ne suffira souvent pas à apaiser le courroux du vengeur. Il se flattera d'avoir abattu deux sayyd de la tribu ennemie, pour le meurtre du chef de sa propre tribu ; ou bien il se vantera d'avoir abattu cent victimes pour le meurtre de ses frères.

Il faut noter enfin un autre caractère particulier du *ṯa'r* arabe : son caractère religieux[1]. La vengeance d'un meurtre est pour l'Arabe une obligation imposée par sa religion même. L'âme de la victime[2] روح القتيل demeure attachée à la terre et vagabonde, tant qu'elle n'est pas vengée ; ou bien elle reste dans les ténèbres du tombeau ; ou bien elle est toujours inquiétée par cet oiseau appelé *Ṣaḍayy* qui, d'après la croyance des Arabes, ne s'apaise et se tait que si le mort est vengé.

Le *wali al-damm* est convaincu qu'il est tenu religieusement à accomplir sa vengeance. Il « porte le sang » de la victime. Il lui est interdit de « boire du vin, de manger de la viande, de se parfumer, de se laver, d'approcher une femme, tant qu'il n'a pas accompli son obligation[3]. C'est un crime contre Dieu de boire du vin avant la consommation du *ṯa'r*[4].

Etant l'exercice d'une vengeance, le *ṯa'r* n'était naturellement pas accompagné de formes régulières de procédure. Tous les moyens sont bons pour permettre au vengeur d'atteindre son but : ruse, dissimulation, et toutes sortes d'autres manœuvres dolosives. Mais lorsque le vengeur se sentira assez puissant pour revendiquer et exercer ouvertement son droit[5], il ne manquera pas de le faire[6]. Dans certains cas, le coupable est livré volontairement au vengeur[7].

Mais si le caractère impersonnel du *ṯa'r* constitue son caractère de principe, il n'en reste pas moins qu'il se dégage des textes et traditions une tendance vers l'individualisation (cf. *Aǧāni*, nouv. éd., III, 19).

(1) Cf. Sur ce poinr, Goldziher, *Muh. stud.*, I, 23, 250, n. 1 ; Lammens, *Le caractère religieux du Thār.*

(2) *Aǧāni* I, nouv. éd., III, 105.

(3) Ajouter aux références indiquées dans notre ouvrage déjà cité : Mas'ūdi, *Kitāb al-tanbīh*, 24.

(4) Buḥturi, *Ḥamāsa*, 152.

(5) Ajouter à nos mêmes références, *Aǧāni*, nouv. éd. II, 99.

(6) *Aǧāni*, nouv. éd. III, 19, 40.

(7) « « « II, 65, 66.

Toute procédure cependant ne fait pas absolument défaut. Ainsi, le *ṯa'r* ne peut pas s'exercer sans preuve préalable. Cette preuve qui, d'ailleurs, n'est pas administrée devant un juge, est constituée par un ensemble d'éléments et d'indices qui font que le coupable et sa tribu sont convaincus du crime. Mais il faut que le vengeur fasse valoir de tels éléments de preuves. Ainsi, lorsques Mālik ibn 'Aǧlān entreprend de venger le meurtre de l'un de ses clients, il a soin tout d'abord de procéder à une enquête dans le lieu où le cadavre a été trouvé et lorsqu'il réclame à la tribu des Beni 'Awf un de ses ressortissants, Sumayr, contre lequel Mālik avait pu réunir quelques indices, les Beni 'Awf lui opposent une fin de non-recevoir parce qu'il n'avait pas pu produire une preuve formelle[1].

Dans l'exécution même, au moment où le *wali al-damm* porte à son ennemi le coup fatal, il prononce, comme une condamnation portée par un justicier, une formule sacramentelle : يا لثارات فلان ( vengeance pour le meurtre de tel ! ).

Une foi l'exécution accomplie, son auteur lui donne une grande publicité, dans laquelle il faut voir non seulement un besoin de vantardise et de gloriole, mais aussi le besoin de faire connaître que l'acte que l'on a commis était licite. C'est bien, en effet, un acte de justice qu'on accomplit. C'est pourquoi il ne donnera pas lieu à des représailles[2]. Le *ṯa'r* apparaît donc comme une véritable *institution juridique*, puisque, légitimement exercé, il ne justifie pas, en principe, à son tour, une vengeance.

Mais le *ṯa'r* était souvent écarté par des compositions volontaires. Malgré des textes nombreux qui font apparaître la renonciation à la vengeance comme un acte humiliant et même honteux, nous avons exposé par ailleurs[3] les raisons qui nous portent à croire que la pratique des compositions était très courante en Arabie.

La composition, en matière de meurtre, consistait en un certain nombre de têtes de chameaux. En principe, c'était cent chameaux. Parfois, étant donné la qualité de la victime, on en exigeait davantage : plus souvent, on se contentait d'un chiffre beaucoup moins

(1) *Aġāni*, I, 167.

(2) *Aġāni*, nouv. éd. III, 5. Ce n'est pas à dire qu'en fait, quelquefois, des représailles n'avaient pas lieu (cf. Tyan, *op. cit.* 37).

(3) Tyan, *op. cit.* 25 ss.

élevé. Des textes parlent de dix chameaux[1]. La composition due pour le meurtre d'un client, — mawla — était la moitié de celle due pour le meurtre de l'individu originaire de la tribu.

A qui incombe le paiement de la composition ? Puisque la tribu est exposée, sans distinction de coupable et d'innocent, au ṯa'r du vengeur, elle devra supporter, dans les mêmes conditions, les conséquences pécuniaires de l'agression. Tous les membres de la tribu devront contribuer, chacun, dans la mesure de ses moyens, au paiement de la diya. Plus que tous autres, le chef, le sayyd, sera mis à contribution. Il arrivera parfois à assurer à lui seul, la charge de toute la diya. Le fait de payer des diya entières sera un signe de générosité, un titre de gloire.

Il s'agit maintenant de savoir comment se faisait le règlement de la composition et plus spécialement, si un tiers intervenait, dans ce règlement, à titre de juge. Nous venons de voir qu'en principe le montant de la composition était fixé par la coutume, suivant la qualité sociale de la victime : sayyd, homme libre ou esclave, client ou membre originaire du groupe, homme ou femme, ou encore, suivant la prééminence qui était reconnue aux membres d'un clan déterminé sur ceux d'un autre clan. Par conséquent, le règlement de la composition ne devait donner lieu, après la conviction acquise de part et d'autre quand la personne du coupable et l'identité de la victime, qu'à des pourparlers en vue de faire renoncer l'ayant droit à l'exercice de la vengeance, et à déterminer le montant exactement dû.

Mais si cette coutume et ces procédés étaient respectés et suivis ordinairement, des contestations s'élevaient parfois entre les intéressés, qui ne pouvaient être résolues par les pourparlers directs. C'est alors qu'apparaît l'institution de l'arbitrage (*taḥkīm*). Les parties, si elles n'entendaient pas reprendre leur liberté d'action, se mettaient d'accord pour confier le règlement de leur litige à un arbitre[2], suivant une procédure et des conditions que nous allons étudier.

## §. 3. — La juridiction arbitrale et son champ d'application

Nous avons déjà vu que le champ d'application de la justice privée, en Arabie, à l'époque précédant immédiatement l'avènement

(1) *Aġāni*, nouv. éd., III, 4 — v. sur différents taux de compositions : Aġāni III, 19 ; XI, III ; XII, 55 ; Abu Yūsof, *Haraǧ*, 185 ; Mubarrad, I, 82 ; Ṭabari, II, 4 ; Nuwayri, VI, 51 ; Bakri, *Mu'ǧam*, I, 12 ; — cf. Goldziber, *Muhammed Stud.*, I, 107, n. 2 et 3.
(2) *Aġāni*, nouv. éd., III, 19, 40.

de l'Islam, était assez restreint. Quoique le droit de justice privée en matière de lésions corporelles y fût maintenu, puisque le Coran lui-même rappelle en termes formels la loi hébraïque du talion comme s'appliquant aussi bien en cette matière qu'en cas d'homicide[1], il semble toutefois, étant donné que tous les textes qui se réfèrent à des cas de lésions corporelles les supposent résolues par une composition, qu'en fait la coutume n'admettait plus qu'on pouvait se faire justice à soi-même dans les matières autres que celle de l'homicide. La sanction de toutes les offenses devait donc résulter d'une action autre que celle de l'offensé lui-même. Sans doute, on rencontre des cas où un individu, victime d'une lésion corporelle ou même de simples atteintes à son honneur ou à son patrimoine, poursuit lui-même sa vengeance, tue son agresseur et dépasse ainsi la mesure de sa propre offense. Mais c'était là une action qui n'était pas reconnue par la coutume comme constituant l'exercice d'un droit, ce qui, par conséquent, donnait lieu justement à l'action de justice privée de la victime[2].

Par conséquent, dès que l'on sort du domaine d'exercice de la justice privée, l'homicide, le règlement de toutes sortes de conflits échappe aux intéressés eux-mêmes et devient du ressort d'un tiers, institué en qualité de juge. Mais, avant d'indiquer les matières dans lesquelles on constate son intervention, il y a lieu de distinguer entre les lésions corporelles, d'une part, et les autres offenses et violations de droit, d'autre part. La nature des sanctions, les conditions d'intervention de l'arbitre-juge et le degré d'évolution de la justice dans l'un et l'autre cas ne sont pas en effet les mêmes. En matière de lésions corporelles, si l'on a dépassé le stade de la justice privée pure et simple, on en est encore à la phase des compositions forcées et tarifées[3]. L'intervention du juge[4] n'a pas lieu de se produire, en principe : la culpabilité étant reconnue, la somme de composition devait être payée, telle qu'elle était fixée par la coutume. Ce n'est qu'en cas de contestation sur l'un des éléments de l'obligation au paiement de la composition que le juge était appelé à intervenir, dans les mêmes conditions où il intervenait en cas de litige sur le montant de la diya de l'homicide. C'est en ce sens res-

(1) Coran, V, 47. (2) *Aġāni*, nouv. éd., III, 58 s.

(3) La composition. en matière de lésions corporelles, porte un nom spécial : *araš*, ارش , opposé à la *diya*, la composition en matière de meurtre.

(4) Dans cette partie de notre travail, nous employons ce terme, dans le sens d'arbitre

treint qu'il faut, nous semble-t-il, entendre un texte de Ya'ḳūbi, d'après lequel les juges arbitres de l'Arabie statuaient, entre autres, en matière de « délits de sang » دِماء[1].

Sous réserve de cette restriction de la compétence de l'arbitre, cette compétence s'exerçait, en général, pleinement, dans les autres sortes de conflits d'intérêts : en matière, de propriété, de commerce et d'intérêts pécuniaires, aussi bien qu'en matière d'atteinte à l'honneur et à la considération personnels et collectifs.

De nombreux textes anciens, dont nous n'avons aucune raison de suspecter l'authenticité, ne comportent aucune réserve quant à la généralité de la compétence juridictionnelle. Ainsi, d'après Ya'ḳūbi, « dans toutes les affaires, les Arabes avaient recours à des ḥakam auxquels ils soumettaient leurs litiges en matière de luttes de prééminence, de successions, d'eaux, de sang[2] ». Ibn Hišām nous apprend en parlant d'un *ḥakam* de l'Arabie préislamite, le fameux 'Amir ibn Al-Ẓarib Al-'Adwāni, qu'aucun différend ou difficulté judiciaire ne surgissait entre Arabes qu'ils ne le lui soumissent[3]. En parlant des *ḳāhin*, sorte de prêtres-devins, les auteurs nous disent, sans aucune réserve, qu'ils étaient les « juges du temps de la Ǧāhilyya[4]» ; de même que, sans aucune restriction de compétence, on cite les noms d'autres juges célèbres. « La tribu des Bakr ibn Wā'il, reconnaissait comme juge en toutes matières le poète Al- Aḫṭal[5]». D'autres personnages ainsi étaient recherchés par les plaideurs, de quelque tribu qu'ils fussent. Ainsi on cite un évêque de Naǧrān « auquel tous les Arabes avaient recours[6] » pour la solution de leurs litiges.

Par ailleurs, dans toutes les circonstances où des multitudes s'assemblaient pour traiter des affaires, la coutume prévoyait l'institution d'un organisme judiciaire pour juger les conflits de toutes sortes qui pouvaient y surgir. Les fameuses foires de 'Ukāẓ étaient toujours présidées par deux personnages ; l'un avait la direction des affaires — on pourrait dire : le pouvoir administratif — l'autre assu-

(1) Ya'ḳūbi, *Tārīḫ*, I, 299. (2) (Ya'ḳūbi *eod. loc.*) كان للعرب حكام ترجع اليها في امورها وتتحاكم في منافراتها ومواريثها ومياهها ودمائها . (3) Ibn Hišām, 77, كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة في قضاء الا اسندوا ذلك اليه ثم رضوا بما قضى به . — *Aġāni*, nouv. éd., III, 89. (4) Ibn Hišām, 36 ; Ǧāḥiz, *Bayān*, I, 113. (5) Agāni, VII, 179, كانت بكر بن وائل اذا تشاجرت بشيء رضيت بالاخطل . (6) Ibn Durayd, 218 ; Cheikho, *Nasrānyya*, 369.

mait la charge de la juridiction[1]. Le juge semble avoir été le personnage le plus important puisqne, souvent, il cumulait les deux charges, tel Sa'd ibn Zayd Manāt, Ḏu'ayb ibn Ka'b ibn Tamīm ; Ǧurwa ibn Usayd etc.[2]. Le juge, désigné ainsi à l'occasion de l'assemblée acquérait une situation et un prestige considérables. C'était le « juge des Arabes à chaque assemblée[3] ».

Ce qui est ainsi rapporté au sujet de la foire de 'Ukāẓ, on pourrait logiquement l'étendre aux autres foires, telles que celles de Ḥubāša, Ḏul-Maǧāz, Maǧanna[4].

Le juge du marché avait naturellement pour attributions, au premier chef, de résoudre les conflits occasionnés par les transactions qui s'y concluaient ainsi que les autres litiges qui surgissaient entre les personnes assemblées. Mais, en plus de cette compétence, il faut remarquer que la présence, à la foire, d'un juge célèbre offrait l'occasion à des plaideurs, même s'ils n'y étaient pas attirés par les affaires qui s'y traitaient, de se rendre auprès de ce juge dans le seul but de lui soumettre leur litiges[5].

Or, les litiges, soumis, soit à un juge d'une des foires d'Arabie, soit à un juge particulier, étaient de toutes sortes. Les délits de sang donnaient lieu parfois, comme nous l'avons déjà remarqué, à des contestations. Souvent, le parent ou le contribule d'une victime d'un homicide prétendait à l'exercice de la vengeance, dans des circonstances où la coutume ne lui reconnaissait pas ce droit ; — ainsi dans le cas où le vengeur ne pouvait pas rapporter la preuve de la culpabilité du prétendu agresseur. Souvent, le vengeur, ayant renoncé à l'exercice du *ṯa'r* contre paiement d'une composition, ou la victime d'une lésion corporelle, émettaient des prétentions, quant au montant de cette composition, qui étaient contestées par l'adversaire. Mālik ibn 'Aǧlān réclame pour le meurtre d'un de ses clients une *diya* entière, alors que les représentants de la tribu à laquelle ressortit le meurtier soutiennent que la *diya* du client était la moitié de la *diya* ordinaire. Un juge est alors choisi par les parties pour statuer sur le double point de savoir à quel chiffre devait être fixée la *diya* du client et si Mālik ibn 'Aǧlān, ayant le droit de refuser la moitié d'une *diya*, était autorisé à reprendre l'exercice de son *ṯa'r*[6].

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438. كان الرجل منهم يلي الموسم ويلي غيره القضاء . (2) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438. (3) *Naḳā'id Ǧarīr*, 700. (4) Cf. Lammens, *La Mecque à la veille de l'Hégire*, 57. 147. (5) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139. (6) *Aġāni*, III, 19 ss.

Mais la plupart des cas rapportés au sujet de la compétence des juges en matière de délits de sang sont relatifs à des conflits entre clans et tribus. Soit pour éviter une guerre entre deux groupements, soit pour y mettre fin et fixer les conditions de la paix, les belligérants, agissant spontanément ou à la suite de l'intervention de tiers, confiaient souvent le soin de les départager à un juge d'une grande autorité. Ainsi, au cours de la guerre qui eut lieu entre les deux grandes tribus des 'Aws et des Ḫazraj, Al-Naǧǧār fut appelé pour fixer les montants des compositions dues par les uns aux autres[1]. Subay' Al-Ṯa'labi est institué comme juge pour fixer les responsabilités et déterminer les compositions encourues à la suite de la guerre qui avait mis aux prises les deux tribus des 'Abs et des Ḏubyān[2]. De même, pour arrêter la guerre entre les tribus des Beni Ġaṭafān et des Ḫazraj, 'Amr ibn Imru'l-Ḳays, puis Ṯābit ibn Al-Munḏir sont institués comme juges entre les belligérants[3]. Dans un cas analogue la Tradition rapporte que Mahomet a été choisi, dans le conflit entre les Beni Nāḍīr et les Beni Ḳurayẓa, pour statuer sur la prétention émise par les premiers, de se faire régler des compositions entières, pour le meurtre de l'un des leurs par les Beni Ḳurayẓa, et de ne payer, pour le meurtre de l'un des Beni Ḳurayẓa, qu'une moitié de composition[4]. Dans d'autres cas, les guerres entre tribus avaient d'autres causes qu'une agression ou un différend sur le montant des compositions. Alors, le juge choisi pour départager les belligérants devait statuer sur le droit — de quelque nature qu'il fût — contesté entre eux. C'est ainsi qu'à la suite du conflit qui avait opposé les Ḳuṣayy à Ḫuzā'a et aux Beni Bakr, au sujet du droit de primauté sur le lieu saint de la Ka'ba, le juge Ya'mor ibn 'Awf ibn Ka'b donna gain de cause à la tribu de Ḳuṣayy[5].

Quant aux litiges d'ordre patrimonial, litiges de propriété, de distribution d'eau, de commerce etc.., ils étaient nécessairement soumis à la juridiction du *ḥakam*. Dans les foires de 'Ukāẓ et d'autres lieux, nous avons déjà observé que la compétence des juges de la foire[6] devait s'appliquer, avant tout, aux litiges occasionnés par les transactions commerciales qui s'y opéraient. Il semble même que cette compétence ait été la compétence originaire du juge de la foire étant donné que les affaires qui s'y traitaient étaient surtout des transactions commerciales. Au surplus, des textes nous rapportent qu'on

(1) Ibn Durayd, 266. (2) Ibn Ḳutayba, éd. Brock. 89. (3) *Aġāni*, III, 19 ss. (4) Ibn Hišām, 395. (5) Ibn Hišām, 79. (6) *Naḳā'id Ǧarīr* 438 : نحن الحاكمون على عكاظ.

poursuivait, parfois, devant le juge des foires même des dettes commerciales contractées en dehors d'elles[1]. Mais, par ailleurs, les traditions abondent, qui rapportent d'autres cas de litiges d'ordre patrimonial soumis à l'arbitrage. Ainsi, un litige s'étant élevé entre des gens de la tribu des Beni Kilāb et des Beni Naḍīr et 'Abd Al-Muṭṭalib, au sujet de la propriété d'un bien, sis près de la ville de Ṭā'if, les plaideurs s'entendirent pour confier à Rabī'a ibn Ḫudar Al-Asdi le soin de les départager[2]. D'après une autre tradition rapportée par Ibn Ḳutayba, un litige au sujet d'un terrain sis près de Médine est soumis par les intéressés à l'arbitrage de 'Amr ibn Al-'Aṣ[3].

La matière des successions faisait l'objet de beaucoup de contestations, qui étaient également soumises à la procédure d'arbitrage, comme le note Ya'kubi dans la suite du texte précité. Il rapporte plus particulièrement le cas du litige qui avait mis aux prises les gens de Nizār, au sujet d'une succession, et qui aurait été jugé par le premier en date des *ḥakam* de la Ǧāhilyya, Al-Af'a Al-Ǧurhumi. Un autre cas de litige successoral, soumis à l'arbitrage du *ḥakam* 'Amir Al-Adwāni, est cité par Ibn Hišām[4]. Dans les premières années de l'Islam, Abū-Bakr aurait eu aussi à connaître d'un litige relatif à un héritage[5].

Si l'on abandonne le domaine des litiges d'ordre patrimonial, on constate que l'intervention du ḥakam arabe dans les conflits d'ordre moral, était aussi fréquente et aussi normale. Ces conflits sont divers. Il s'agit tantôt d'injures et de calomnies, tantôt de contestations relatives à la noblesse d'une ascendance, ou à la valeur d'un poète, etc... Ces litiges mettaient aux prises soit des particuliers, soit des tribus entières.

On rapporte ainsi une tradition suivant laquelle Hind bint 'Utba, épouse d'un certain Fakeh, ayant été accusée d'adultère par son mari, fut renvoyée chez son père. Celui-ci, atteint dans son honneur, dit à son gendre : « O Fakeh ! tu as accusé ma fille d'un fait très grave ; allons nous faire juger par un des *kāhin* du Yémen ». Cette proposition fut immédiatement acceptée et mise à exécution[6].

Mais la plupart des litiges de cet ordre étaient relatifs à des contestations sur la prééminence nobiliaire. Lammens a montré combien

(1) *Aġāni*, XIX, 74. (2) Nuwayri, III, 129. (3) Ibn Ḳutayba, éd. Brock. 92.
(4) Ibn Hišām, 77 ; Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 96. (5) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 39.
(6) *Aġāni*, nouv. éd., IX, 53 ; Nuwayri, III, 127.

chaque Arabe était fier de ses aïeux, de sa race et de sa tribu, comment il ne manquait aucune occasion de vanter publiquement sa noblesse en cherchant à marquer sa prééminence sur les autres[1]. Souvent les choses ne s'arrêtaient pas là, et lorsque les excitations réciproques, compliquées d'autres incidents, ne dégénéraient pas en conflits armés entre tribus, on vidait la querelle par l'arbitrage[2]. Dans la plupart des cas, la querelle ainsi portée devant un juge ne mettait aux prises que les deux adversaires, individuellement ; dans d'autres cas, les deux tribus s'y trouvaient engagées. Ce recours à l'arbitrage était un moyen, convenu tacitement entre les parties, d'éviter une effusion de sang. Ces sortes de litiges portaient en Arabie un nom bien connu : *munāfara* مناقرة[3].

Devant le juge, chacun des deux protagonistes, à tour de rôle, faisait valoir ses titres, ses actions passées, celles de ses ancêtres, de sa tribu, leurs richesses, leurs vertus, etc., et le juge prononçait ensuite sa sentence. C'est ainsi que deux individus du nom de Umaya ibn ʿAbd Šams et Hašim ibn ʿAbd Manāf, s'étant provoqués mutuellement, portèrent leur différend devant le *kāhin* Al-Ḫuzāʿi[4]. Nufayl ibn ʿAbd Al-ʿUzza est juge de la *munāfara* entre ʿAbd Al-Muṭṭalib et Ḥarb ibn Umayya ; et il donne gain de cause à ʿAbd al-Muṭṭalib[5]. — La lutte de prééminence entre ʿAmir et ʿIlḳama, célébrée par des poètes comme Al-Ḥuṭay'a[6], est soumise tout d'abord à l'arbitrage de Abū-Sufyān ibn Ḥarb ibn Umayya, lequel par crainte, probablement, de désobliger l'un des deux adversaires, se récuse, comme se récusent après lui successivement Abu-Ǧahl ibn Hišām, ʿUyayna ibn Ḥuṣn, Ġaylān ibn Salama, Hirmala ibn Al-Ašʿa. Ce dernier les adresse à Haram ibn Ḳataba qui, enfin, accepte l'arbitrage, à des conditions qu'il précise et auxquelles les parties se soumettent[7].

Dans d'autres cas, la *munāfara* prend beaucoup plus d'extension et de gravité en ce qu'elle s'institue entre les représentants qualifiés de deux clans, agissant chacun pour le compte de son groupe; en ce que, aussi, elle est destinée à empêcher un simple incident de dégénérer en guerre. Il en est ainsi de la *munāfara* qui eut lieu entre

(1) *Le Berceau de l'Islam*, 45 ss., Précis, I, 33 s. (2) Goldziher, *Muhamm. Stud.*, I, 54 s. (3) *Aġāni*, I, 173. On l'appelle aussi *mufāḫara*, مفاخرة. Le terme *munāfara* prend une telle extension qu'il finit par signifier tout conflit judiciaire : cf. Ǧāḥiẓ, *Bayān*, I, 117. (4) Ibšīhi, II, 73 ; Nuwayri, III, 128. (5) Ǧāhiẓ, *Bayān*, I, 117, tradition probablement rapportée pour glorifier ʿAbd Al Muṭṭalib, ancêtre du Prophète. (6) *Aġāni*, XV, 56. (7) *Aġāni*, XV, 57 ; Ibn Durayd, 172.

le clan de Kulayb représenté par Ḫalid ibn Arṭa'a, et le clan de Beni 'Adiya, représenté par Ǧarīr Al-Baǧali. Les Kulayb avaient fait prisonnier un individu des Beni 'Adiya et refusaient de le livrer. Les Beni 'Adiya attaquèrent le campement des Kulayb et reprirent leur contribule. Une guerre allait éclater, qui fut évitée grâce à une discussion préalable aigre-douce sur la valeur de chacun des deux clans, discussion qui se termina heureusement par un compromis aux fins de faire arbitrer le conflit par un *ḥakam* qui fut chargé, non point de dire le droit sur l'incident lui-même, mais « de mesurer la gloire » de chacun des deux groupements. Et c'est à 'Ukāẓ que les deux protagonistes se rendirent pour confier au juge de cette foire Al-Aḳra' ibn Ḥabis le soin de les départager[1].

Des conflits du même genre continueront à se produire en Islam: conflits de prééminence entre poètes sur la valeur de leurs poèmes, ou entre particuliers quelconques, sur leur adresse dans l'équitation, par exemple[2].

En matière criminelle, la compétence des *ḥakam* paraît aussi certaine. La Sīra d'Ibn Hišām rapporte un cas de poursuite pour adultère soumis à Mahomet[3]. Nous verrons, de même, que tous les autres cas où la Tradition représente, soit Mahomet, soit ses successeurs immédiats, jugeant des coupables, — voleurs, adultères, calomniateurs, etc. — et prononçant contre eux des condamnations ne sont que des applications du pouvoir judiciaire, suivant la formule de l'Arabie préislamite.

Souvent, le rôle du *ḥakam* arabe dépassait le cadre de la juridiction proprement dite, pour devenir un rôle de législateur, établissant des règlements, interdisant des pratiques. Lorsque, après la guerre entre Ḳuṣayy, Ḫuzā'a et les Beni Bakr, le *ḥakam* Ya'mor ibn 'Awf reconnaît le droit de Ḳuṣayy sur la Ka'ba et le «gouvernement» de la Mecque, c'est là bien plus que la solution d'un litige judiciaire[4]. D'après une autre tradition, le *ḥakam*, Al-Akra' ibn Ḥābis aurait été le premier à interdire les jeux de hasard[5]. De même, on a eu recours à un *ḥakam* lorsqu'un différend éclata entre les tribus de Ḳurayš au sujet de la réparation de la Ka'ba et qu'il a fallu désigner l'ayant droit à l'exécution de cette réparation[6].

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139. (2) *Aġāni*, I, 273; *Aġāni*, nouv. éd., V, 176, 298, 203. (3) Ibn Hišām, 393 ولّوه الحكم عليها. (4) V. *supra*, 39, n. 2. (5) *Naḳā'id Ǧarīr*, 700 هو اول من حرّم القمار. (6) Ibn Hišām, 125.

## §. 4. — Le juge ou hakam

Le juge ou *ḥakam*, dont nous venons de voir la compétence si étendue et si diverse, comment était-il institué, par qui était-il désigné ?

Il y a lieu, tout d'abord, d'écarter une première hypothèse. Le juge de l'Arabie préislamite n'est pas un fonctionnaire public. Il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point étant donné ce que nous savons de l'état social et politique de l'Arabie où aucun pouvoir central n'existe encore. Il faut écarter de même une deuxième hypothèse. Il n'existe pas en Arabie une caste, un ordre, ayant pour attribution exclusive de dire le droit et trancher les litiges. Nous verrons, en effet, que tous les individus qui ont exercé la justice ne l'ont fait qu'accessoirement à une autre situation qu'ils occupaient et précisément en vertu du prestige et des connaissances que cette situation leur conférait. On pourrait être tenté, enfin, de confondre la personnalité du juge avec celle du sayyd, chef de la tribu. La tribu constituant le cadre social et politique de l'Arabie, il aurait été logique de penser que le chef de cette organisation primitive eût tenu à éviter tout conflit interne, en prenant sur lui d'administrer la justice entre ses sujets. Mais cette opinion procèderait d'une conception inexacte du rôle et des pouvoirs du chef de tribu arabe. Nous avons déjà remarqué, à la suite de savants orientalistes, combien la situation du sayyd était précaire, combien peu de pouvoirs effectifs elle comportait, combien il serait inexact de se représenter le chef de tribu comme un petit chef d'Etat. Nous ajouterons qu'en fait, dans toutes les traditions rapportées au sujet de l'exercice de la justice en Arabie préislamite, il est extrêmement rare de trouver un chef de tribu agissant comme juge entre parties litigantes.

A cet égard, il est très frappant de constater qu'en Arabie centrale, à la Mecque, où, plus que partout ailleurs, il semble qu'il ait existé une certaine forme d'organisation politique, on ne reconnaît nullement aux chefs de cette organisation un pouvoir juridictionnel[1]. Ainsi, parmi les diverses attributions que la tradition confère à Ḳuṣayy, ancêtre ḳuraysīte, aucune ne s'apparente, même de loin, à une

(1) Lammens, *La Mecque*, 158 s.

compétence d'ordre judiciaire[1]. Remarquons par ailleurs l'inexistence totale en Arabie d'assemblées judiciaires comme celles que l'on trouve dans l'histoire primitive de beaucoup d'autres peuples.

Il nous semble que l'idée maîtresse en la matière, c'est que la justice en Arabie est encore au stade de l'arbitrage. Les parties sont libres dans le choix de leur juge. Ce juge sera un simple particulier, n'ayant aucun caractère d'autorité publique ; à tel point qu'on laissera parfois le simple hasard indiquer le juge d'un litige[2]. Ce qui le désignera ordinairement aux choix des plaideurs sera la considération de ses qualités personnelles, ses connaissances, sa sagesse, sa probité, son prestige. C'est ce que nous dit l'historien Ya'ḳūbi : « Ils (les Arabes) soumettaient leurs différends à des personnes reconnues pour leurs qualités d'honneur, de droiture, de fidélité, de prestige, de vieillesse, de gloire, de bonne augure[3] ». Mais la coutume s'établira, de rechercher des juges-ḥakam dans telle et telle classe déterminée de la population, précisément parce que la croyance générale sera établie en ce sens que les qualités que l'on exige du juge se trouvent chez les membres de cette classe, plus que chez n'importe quelles autres personnes.

C'est ainsi que ceux qui se distinguent par leur valeur littéraire ou scientifique, les grands poètes, les orateurs, les « savants » علماء, les « sages » حكماء deviendront des ḥakam. La tribu des Baḳr ibn Wā'il reconnaissait pour juge le fameux poète Al-Aḫṭal[4]. Celui-ci arbitrera même des litiges entre sa propre tribu et une autre tribu[5]. Le « juge des Arabes » Ḳass ibn Sā'ida est l'orateur des Arabes et leur poète, leur Sage[6] » — Le célèbre juge Al-Akra' ibn Ḥābis est le « savant des Arabes[7] » ; 'Amir ibn Al-Ẓarib est « un des sages d'Arabie[8] » ; c'est grâce à « sa haute sagesse » que Akṯam ibn Sayfi est reconnu comme juge[9]. Pour chanter la gloire d'un juge, les poètes insistent sur sa sagesse éminente[10].

Ceux qui, a une réputation de science et de sagesse, joignent le prestige du caractère religieux, des évêques des tribus chrétiennes de

(1) Ibn Hišām, 00 s. فولي قصيّ البيت وامر مكة . . . وكان اول بني كعب بن لؤي اصاب ملكاً اطاع لديه قومه فكانت اليه الحجابة والرفادة والندوة واللواء. Sur le sens de ces diverses attributions, cf. Lammens, *op. cit.*, eod loc. (2) Ibn Hišām, 396. (3) Ya'ḳūbi, 299. (4) *Aġāni*, VII, 179. (5) Lammens, *Berceau*, 257. (6) *Aġāni*, XIV, 41. (7) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139. (8) *Ištiḳāḳ*, 164. (9) Caussin de Perceval, *Histoire des Arabes*, II, 579. (10) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 89.

Nağran, seront plus particulièrement recherchés comme juges. Les plaideurs viennent de loin leur soumettre leurs différends[1]. Aussi bien, parmi les Juifs d'Arabie, ce sont les *Aḥbār* qui exercent ordinairement les fonctions de *ḥakam*. C'est bien leur qualité de personnes spécialisées dans les choses religieuses, qui les désigne au choix des plaideurs, tout comme aussi pour la solution des difficultés de toutes sortes surgissant entre leur contribules[2]. Le Coran fait allusion à cette compétence judiciaire des *Aḥbār* ( *Surat* V, 44 ).

Mais, plus que toutes ces catégories de personnes — dans les milieux païens tout au moins —, ceux qui ordinairement exerçaient la fonction judiciaire-arbitrale, c'étaient les *kāhin*. En parlant de la religion en Arabie préislamite, Lammens représente le *kāhin* comme le ministre le plus qualifié des diverses pratiques du culte de l'idolâtrie arabe. « Le *kāhin* et son pendant féminin, la *kāhina*, rendent les « oracles, interrogent les flèches sacrées, président à *l'istisḳa* ou roga- « tions, destinées à obtenir la pluie. Les *sādin* sont de simples gar- « diens de sanctuaires ; les *'āif*, les *qāif*, interprètent les augures et « décident dans les cas embrouillés d'état-civil et de généalogie. Les « *kāhin* occupent le sommet de cette hiérarchie ; ils accompagnent « les armées, la *qobba*-tabernacle, et doivent renseigner sur les des- « seins, les mouvements de l'ennemi. Ils exercent également les fonc- « tions de juge-arbitre. On leur suppose — de préférence aux *kāhina*, « pythonisses — un pouvoir secret, comme d'attirer la pluie, de con- « jurer les esprits, les maladies, maléfices, celui de rendre inoffen- « sives, au moyen de formules mystérieuses, les armes, les manœu- « vres de l'ennemi[3] ».

Ces kāhin faisaient encore ressortir par leurs démarches et leur vie apparente leur caractère religieux. Comme nous le verrons, c'est au nom des puissances supra-terrestres qu'ils rendent leurs sentences. Ce sont ces puissances qui les inspirent[4]. Ils se distingueront des autres hommes, notamment en ne prenant pour monture, au lieu du cheval et du chameau, que des onagres, ces bêtes étant, dans la croyance populaire, réservées aux personnages à caractère religieux. Eux-mêmes tendront à s'attribuer un caractère divin[5].

(1) Cheikho, *Nasrānyya*, 369. (2) Wolfenson, *Tārīḫ al-yahūd fi bilād al-'arab*, 21. (3) Lammens, *Précis*, 44 ; *l'Islam*, 26. (4) Gāḥiẓ, *op. cit.* I, 235 ان مع كل واحـــد منهم رئياً من الجن ; Nuwayri, III, 127. (5) Ǧāḥiẓ, *op. cit.* I, 246 ركب عيراً اربعين عاماً لأنه كان يتأله *Aġāni*, nouv. éd. III, 93.

Très probablement, c'est ce caractère religieux « divin », plus particulièrement, le pouvoir de révéler l'avenir, les choses inconnues, le pouvoir de divination[1] que l'on reconnaît aux *kāhin*, qui ont fait qu'ils sont devenus les juges ordinaires. Ce qui le prouve, c'est que dans la procédure suivant laquelle se déroule le litige devant le *kāhin*, — telle qu'elle sera décrite plus loin —, avant tout débat, on met à l'épreuve son pouvoir de divination. Il sera capable de « deviner » la vérité judiciaire, tout comme il est capable de deviner toute autre chose inconnue.

Ce qui enfin contribuait à attirer les plaideurs vers les *kāhin*, c'était le caractère de bonne augure que les Arabes attachaient à leur personne. Puisque aussi bien, ce caractère était recherché chez les juges auxquels les Arabes soumettaient leur procès, comme l'affirme Ya'kūbi. Un autre texte dit, en parlant d'un *kāhin*-juge fameux, Aḳra' ibn Ḥābis : « كانت العرب تتيمن به » les Arabes voyaient en lui un bon augure[2] ».

Sur la compétence générale et normale des *kāhin*, les textes abondent[3]. Ibn Hišām raconte qu'après l'avènement de Mahomet, des adeptes mêmes de la nouvelle religion ayant eu entre eux un différend, s'adressèrent à un kāhin ; et l'auteur ajoute que « les *kāhin* étaient les ḥakam de la Ǧāhiliyya[4] ». — « Les *kāhin* des Arabes étaient les juges auxquels se soumettaient la plupart des gens de la Ǧāhiliyya », dit Ǧāḥiẓ[5]. — Tous les exemples de procès de l'Arabie préislamite, rapportés dans certains ouvrages, sont soumis à des *kāhin*[6]. « Les juges des conflits de prééminence sont des *kāhin* ; le *kāhin* Ḫuzā'i arbitra le conflit qui avait mis aux prises Umayya ibn 'Abd Šams et Hāšim ibn 'Abd Manāf[7] ».

La qualité de juge devient tellement normale chez le *kāhin* que la Tradition ne croit plus utile, lorsqu'elle cite les noms des juges, d'indiquer leur qualité de *kāhin*[8]. Il semble probable même que la plupart des juges dont le nom a été conservé par la Tradition, et

(1) Du terme de *kāhin* est dérivé le verbe *takahhana* qui, précisément, signifie : révéler l'inconnu. (2) *Naḳā'id Ǧarīr*, 700. (3) Cf. *Encycl. Islam.*, V° *kāhin*.
(4) Ibn Hišām, 360 (5) Ǧāhiẓ, *op. cit.* I, 235. (6) Nuwayri, III, 227 s.
(7) Ibšīhi, II, 73 ; *Aġāni*, XV, 56, à propos du conflit entre 'Amir et 'Ilḳama ;

وما اساءوا فراراً عن مجلّحة  لا كاهن يتري فيها ولا حكمُ

(8) Cf., notamment, *in* Ibn Hišām, 77, le cas de Abū-Sayyāra, qui était pourtant un *kāhin*.

plus spécialement ceux des foires de 'Ukāẓ et autres lieux, étaient choisis parmi les *kāhin*[1].

Lorsque les parties choisissaient comme arbitre un homme pris en dehors des catégories que nous venons d'indiquer — ce qui devait arriver rarement — on exigeait chez ce particulier des qualités morales, garantie d'une bonne justice. Il devait être équitable (*'adl*). Lorsque la guerre menace d'éclater entre les tribus des 'Aws et des Ḫazraǧ, on demande au chef de ces derniers d'accepter l'arbitrage d'un homme *'adl*[2], serait-il de la tribu même du demandeur. Il doit être aussi réputé pour cette qualité, si vantée et si appréciée chez les Arabes, marque de grand esprit et de noblesse d'âme : le *ḥilm*, à tel point que le fait de posséder cette qualité devient presque synonyme de juge. Aussi, pour désigner le juge 'Amir ibn Al-Ẓarib, un poète se contente de l'appeler ذو الحلم[3].

Le *ḥakam* est juge unique. Il ne semble même pas qu'il se faisait assister de conseillers. Tout au plus pourrait-on rapporter, à cet égard, le cas de 'Amir ibn Al-Ẓarib qui, voyant ses facultés décliner avec l'âge, faisait asseoir près de lui un de ses fils, chargé d'éveiller son attention, lorsqu'il était sur le point de commettre une erreur, en frappant la terre d'un coup de canne[4].

La situation de *ḥakam* conférait naturellement à son titulaire une considération et un prestige encore accrus. Il devient un *sayyd*, un *ra'ys*, titres qui, certes, n'indiquent pas que le *ḥakam* est alors reconnu comme chef du clan, mais servent simplement à marquer l'autorité acquise par lui[5]. Cette situation était tellement éminente,

(1) Ainsi le même Abū-Sayyāra se rendait à la foire : Ǧāḥiẓ, *op. cit.*. I, 246.

(2) *Naḳa'id Ǧarīr*, 139 :

وعمّي الذي اختارت معدّ فحكّموا فالقوا بارسانٍ الى حكم عـــدل

*Adde* : dans le conflit entre les Beni 'Awf et Mālik : يا مالك... اجعل بيننا وبينك عدلاً من قومك

(3) *Aġāni*, nouv. éd., III, 99. (4) *Aġāni*, nouv. éd., III, 99, d'où le vers célèbre :

لذي الحلم قبل اليوم ما تقرع العصا وما علّم الانسان الا ليعلمـــا

Adde : Gāḥiẓ, *op. cit.* III, 27. D'après une variante (Ǧāḥiẓ, *eod loc.*, *Aġāni*, nouv. éd., VI, 3), c'était la fille, non le fils, de Ẓarib, nommée 'Umra, femme célèbre par sa sagesse من حكيات العرب, qui exerçait cet office de moniteur. D'ailleurs, les traditions varient encore sur le nom du héros même de l'anecdote (cf. note 4, *Aġāni*, *eod loc*).

(5) Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, I, 306, II, 162.

le titre tellement élogieux, que le terme de *ḥakam* est adopté par la coutume comme nom propre. Il est extrêmement répandu chez les Arabes, avec son diminutif, حكيّم *ḥukayyem*, et sa variante, حاكم *ḥākim*.

Pour vanter un personnage la littérature ne manque pas de faire ressortir son titre de *ḥakam*. Le nom de ديّان (*dayyān*) qui est équivalent à celui de *ḥakam*[1] est adopté avec fierté par toute une tribu, parce que probablement beaucoup de juges se recrutaient parmi ses membres[2] ou que son ancêtre avait été un juge célèbre. En tous cas, toute famille à laquelle appartenait un juge revendiquait le nom de آل الديان[3]. Dans le même ordre d'idées, pour chanter la gloire d'une tribu, les poètes insistent sur ce que, dans son sein, sont recrutés les juges auxquels se soumettent tous les plaideurs[4]. Dans le but, sans doute, de glorifier le clan de Ḳurayš, dont sortira le Prophète de l'Islām, la Tradition le représente comme le groupement où se recrutaient les juges de l'Arabie, dont les sentences sont acceptées docilement[5].

Il a déjà été dit que le ḥakam n'avait pas le caractère d'autorité publique. Il y a lieu cependant de noter que dans certaines circonstances la fonction judiciaire revêt — très vaguement il est vrai — une forme d'organisme public. Il s'agit des foires de ʿUkāẓ et autres lieux. Ces assemblées réunissaient tant de gens, venus de tous côtés, appartenant à des tribus diverses, peut-être ennemies ; elles comportaient un tel mouvement d'affaires que s'y faisaient impérieusement sentir le besoin du maintien de l'ordre et du règlement pacifique des

(1) Gāḥiẓ, *op. cit.*, I, 261. (2) C'est la tribu à laquelle appartient le fameux Samaw'al, auteur du poème où figure ce vers significatif :

فان بني الديّان قطبٌ لقومهم تدور رحاهم حولهم وتجولُ

(3) Wolfinson, *op. cit.*, 28.

(4) Ibn Hišām, 77 : عذير الحيّ من عدوا ن كانوا حية الارض
ومنهم حكم يقضي فلا ينقض ما يقضي

Ḫansa, 177 : واذ تتحاكم الرؤساء فينا لدى ابياتنا وذوو الحقوق

(5) *Aġāni*, XV, 57 قد كانت العرب تحاكم الى قريش
يآل قريش بينوا الكلاما انّا رضينا منكم الاحكاما

*Naḳā'id Ǧarīr*. 225 : فارجع الى حكمى قريش انهم اهل النبوة والكتاب المنزل

conflits, et, par conséquent, l'institution, à cet effet, d'autorités reconnues. Aussi bien les textes rapportent on l'a déjà noté plus haut — qu'à chaque saison, la foire était mise sous la direction d'un chef, sur le pouvoir duquel nous n'avons pas de détails. A côté de ce chef, que nous qualifierons d'administratif, la coutume plaçait un chef judiciaire : un *ḥakam*, choisi parmi les *ḥakam* les plus célèbres d'Arabie, spécialement un *kāhin*, était institué comme juge de la foire. Il acquérait de la sorte une situation officielle et un monopole de la justice qui avaient pour effet de réduire dans une grande mesure le caractère volontaire du recours devant ce juge, d'en faire plutôt un organisme judiciaire d'autorité publique[1]. Le titre de « juge 'Ukāẓ » ou juge d'autre lieu, devient un titre courant, dont se vantent son titulaire ainsi que ses contribules[2].

Dans le même ordre d'idées, il y a lieu de relever la tendance de la fonction judiciaire à se maintenir au sein d'une même tribu ou d'une même famille. Nous avons déjà vu que le fait que des ḥakam se recrutaient dans une tribu ou une famille était pour elle un motif de gloire, que les poètes ne manquaient pas de chanter. Nous devons ici ajouter qu'il faut admettre que réellement certaines tribus ou certaines familles détenaient en fait pendant longtemps le monopole de la justice, comme, par exemple, le clan des Tamimites[3], d'où, aussi, le titre de *dayyān*, adopté par les familles où se recrutaient des juges[4].

Cette tendance s'accentue encore en ce que la situation de *ḥakam* devient, dans beaucoup de cas, héréditaire. Ainsi, la Tradition, en citant les noms des juges recrutés dans le clan des Tamimites, ajoute que la fonction de juge de 'Ukāẓ était devenue héréditaire dans ce clan[5]. De même, dans le clan des 'Adwān, auquel a appartenu 'Amir ibn Al-Ẓarib, la charge se transmettait héréditairement[6].

Restent à fixer les modalités de cette transmission héréditaire. S'agit-il d'une succession de père en fils, du parent au parent le plus rapproché ? Nous ne le pensons pas. La transmission se faisait, comme le dit le texte d'ibn Hišām « كابراً عن كابر » du plus vieux au plus

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438.

(2) *Naḳā'id Ǧarīr:* 438 :
ونحن الحاكمون على عكاظ كفينا ذا الجريرة والمصابا
avec une variante relative à un autre lieu.

(3) *Naḳā'id Garīr*, 139, 438.

(4) V. *supra*, 46.

(5) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438.

(6) Ibn Hišām, 77 : يتوارثون ذلك كابراً عن كابر .

vieux », au sein du même groupement : principe du séniorat[1]. La fonction était considérée comme le privilège, non de l'individu, mais du groupement, et elle était successivement exercée par l'individu qui, suivant les conceptions arabes, représentait le mieux le groupement : l'homme le plus avancé en âge.

## §. 5. — La nature du pouvoir du ḥakam

Avant d'aborder l'étude de la nature du pouvoir du ḥakam, il est utile de rappeler que les ḥakam n'avaient pas seulement pour mission de trancher les conflits d'intérêts entre particuliers, mais aussi les différends qui divisaient les tribus et qui pouvaient être la cause d'hostilités ou d'une reprise d'hostilités. D'après la notion que s'en faisaient les Arabes, il n'y avait pas de différence de nature entre ces deux genres de conflits ; et ils étaient, d'un point de vue général, réglés suivant une procédure identique.

Le principe est que la justice consiste essentiellement en un *arbitrage.*

Pour désigner la fonction judiciaire et la personne chargée de son exercice, les Arabes n'emploient que les termes de *taḥkīm* تحكيم et de *ḥakam* حكم. Or, ces termes ne correspondent pas à la notion de justice, envisagée comme autorité publique et obligatoire, et à la notion de juge, au sens moderne du mot, quoique le terme de *ḥākim* حاكم, désignant cette dernière notion, et celui de *ḥakama* حكَم qui est aussi employé pour signifier l'exercice de la justice, autorité publique, soient dérivés de la même racine. Les termes de *taḥkīm* et de *ḥakam* signifient exactement arbitrage et arbitre. Dans tous les documents relatifs à l'Arabie préislamite et qui ont trait à l'exercice de la justice, on ne rencontre pas le terme *ḳāḍi* قاضي qui sera, par la suite, réservé au juge proprement dit. Même lorsqu'on trouve ce terme — ce qui est d'ailleurs très rare — il est employé strictement dans le sens d'un juge choisi par les parties, investi par

(1) Sur l'application de ce principe en matière de désignation de *Sayyd*, cf. Lammens, Précis, 38.

elles, donc, un arbitre[1]. La justice, en Arabie, est une justice arbitrale ; et elle est la seule procédure reconnue pour la solution des conflits. Nous allons nous expliquer sur ces deux aspects de la justice préislamite.

En principe, tout recours à un tiers pour la solution d'un litige suppose, en premier lieu, l'accord des parties, et c'est cet accord seul qui habilitera le tiers en qualité de juge. Tout procès est, en effet, précédé de pourparlers entre les parties en vue de le soumettre à un arbitre. Ainsi, au cours de la discussion entre Mālik ibn 'Aǧlān et les Beni 'Umar ibn 'Awf, ces derniers « invitent Mālik à soumettre leur conflit à 'Amir ibn Imru'l-Ḳays ». Ce recours ayant échoué, de nouvelles propositions sont faites pour instituer Ṯābit ibn Al-Munḏir, comme arbitre, et ce n'est qu'une fois l'accord établi entre les parties que ce dernier peut entreprendre l'exercice de ses fonctions[2]. — Lorsque le père de Hind, épouse de Fākeh ibn Al-Muġīra, accusée d'adultère par son mari, veut établir l'innocence de sa fille par une sentence judiciaire, il ne cite pas immédiatement son adversaire devant un *ḥakam*. Il a soin, au préalable, d'obtenir le consentement de son adversaire à cette procédure[3]. — Les expressions courantes qui sont employées par la Tradition lorsqu'elle rapporte l'origine d'une procédure engagée devant un *ḥakam*, impliquent, toutes, le sens d'un accord des parties à cette fin. Ce sont les expressions اسندوا ذلك الى . . . جعلا منافرتهما الى . . . حكّما بينهما . . .[4].

Même lorsque la Tradition rapporte des cas de litiges soumis à Mahomet, elle ne manque pas d'indiquer que c'est de leur propre initiative, par l'effet de leur accord, que les plaideurs comparaissent devant lui ; que c'est de cet accord qu'il tire son autorité. C'est ainsi, par exemple, qu'à la suite d'un crime d'adultère et sur le conseil de leur chef, les intéressés « donnent au Prophète pouvoir de juger[5] ».

Ce sont les parties elles-mêmes qui fixent, au préalable, l'objet à soumettre au *ḥakam*, et déterminent le point litigieux : question de composition, de propriété, d'honneur, de prééminence : et ce n'est qu'ensuite que le litige est porté devant le juge. Le défendeur n'attendra donc pas d'être cité pour connaître la prétention invoquée contre lui ; et le demandeur n'attendra pas l'audience du juge pour connaître la réplique. La liaison du contentieux — sorte de *litis con-*

(1) Cf. *Ḥamāsa*, éd. Freytag. I, 56. . . . بني عمنا لا تذكروا الشعر (2) *Aġāni*, III, 17 s. (3) Nuwayri, III, 127 s. (4) Ibšīhi, II, 73 ; *Aġāni*, XV, 57 ; Ibn Hišām, 57. (5) Ibn Hišām, 393.

*testatio* — se fera avant la comparution devant le juge, en dehors de toute intervention de sa part.

Un autre objet de libre discussion entre les parties et d'accord préalable, c'est le choix de la personne du *ḥakām*. Là aussi des propositions sont faites par le plaignant, qui peuvent être repoussées par l'adversaire, jusqu'à ce que l'entente s'établisse. Les parties prendront conseil de tiers pour s'adresser à tel *ḥakam* plutôt qu'à tel autre[1]. Le titre de gloire des *ḥakam* célèbres, comme Aḫṭal, c'est précisément d'être choisis et « acceptés » sans difficultés par les plaideurs. Les *ḥakam* tirent, en conséquence, leur prestige des investitures répétées qui leur sont ainsi conférées par les particuliers.

C'est librement que les parties comparaissent devant leur juge, qui n'a aucun pouvoir de coercition à cet égard, comme à tous autres ; si donc, même après l'acceptation de l'arbitrage, une des parties revenait sur sa décision, ce sera encore par des pourparlers amiables que l'on essaiera de la ramener à sa première décision.

De son côté, le *ḥakam* reste toujours libre de se récuser. Des considérations, d'ordre divers, dont il est le seul juge, peuvent provoquer ce refus. Ce peut être la crainte de désobliger l'un des intéressés, parties également puissantes et redoutables ; ce peut être aussi la crainte de voir rejeter sa décision et bafouer son autorité. C'est ainsi que dans le conflit de prééminence entre 'Amir et 'Ilḳama, six *ḥakam* refusèrent successivement d'arbitrer le litige, et le septième Ḥaram ibn Ḳataba n'accepta qu'après s'être assuré, par des garanties spéciales, que les parties se soumettront à sa sentence[2]. Le *ḥakam* Ḥāriṯ ibn 'Ibād refuse l'arbitrage dans la guerre dite de Basūs[3]. Nous trouvons une confirmation de cette règle dans le Coran même, où Dieu laisse la liberté à son Prophète, au cas où il est recherché comme *ḥakam*, d'accepter ou de refuser cette mission[4].

Quant à la nature de la sentence arbitrale, elle ne constitue pas une condamnation ou une absolution, caractéristiques des jugements proprement dits. La sentence est une simple opinion que le *ḥakam* émet sur une vérité contestée. Ceci est tout à fait naturel dans certains litiges, comme ceux portant sur l'honneur ou la prééminence. Ainsi, le *kāhin* qui doit statuer sur l'accusation d'adultère dirigée contre Hind, se contente de déclarer qu'elle n'est « ni vilaine, ni adultère[5] ». De même, dans un conflit de prééminence, le *ḥakam* dé-

(1) Ibn Hišām, 393. (2) *Aġāni*, XV, 57. (3) *Aġāni*, nouv. éd., VI, 49.
(4) Coran, V, 44. (5) Nuwayri, III, 128.

clare que les « Hāšimites ont devancé les Umayyades dans les grandes actions[1] ». Dans les contestations ayant pour objet un droit pécuniaire, le *ḥakam* fait savoir que le demandeur « n'a pas raison[2] », ou que la somme de composition est de tant de têtes de chameaux, sans formule spéciale de condamnation.

D'ailleurs, le *ḥakam* conserve toute liberté de rendre une sentence qui ne comporte pas une solution effective et définitive du procès en consacrant la prétention d'une partie et rejettant celle de l'autre. Dans le conflit de prééminence entre ʿAmir et ʿIlḳama, le *ḥakam* se contenta de proclamer les deux protagonistes également valeureux[3].

D'ailleurs, en rendant leurs décisions, les *ḥakam* ne font, dans la plupart des cas, que déclarer une coutume préexistante, violée par l'une des deux parties. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une action en paiement d'une composition, le *ḥakam* ne fera que rappeler aux plaideurs les prescriptions de la coutume ; à dire, par exemple, que la *diya* du membre originaire de la tribu s'élève au double de celle du client[4].

Par le fait même, les *ḥakam* sont amenés à ajouter à leur rôle de « déclarateurs » de ce qu'est la règle traditionnelle, — en tant que représentants qualifiés de la Tradition — celui de créateur de la règle de droit. C'est ainsi qu'un ḥakam comme nous l'avons déjà vu, « interdit pour la première fois la pratique des jeux de hasard[5] ».

C'est cette même idée — le *ḥakam* émet une opinion ; il ne condamne pas — qui permettra d'assimiler, quant à leur nature, les sentences rendues par les *ḥakam* dans les litiges contentieux, aux avis qu'ils pouvaient donner dans d'autres occasions. Au même titre qu'ils arbitraient des conflits, les *ḥakam* conseillaient les gens dans les difficultés de la vie quotidienne, publique et privée, et les textes qui rapportent des cas de ce dernier genre ne laissent apparaître aucune différence avec les sentences proprement dites[6].

(1) Ibšīhi, II, 73. (2) Nuwayri, III, 129. (3) *Aġāni*, XV, 57. (4) Réserve faite d'un pouvoir d'appréciation dans certains cas d'espèce où le ḥakam, dans un désir d'accomodement, juge autrement (*Aġāni*, III, 19). (5) Adde *infra*, 60, n. 2. (6) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438 الاقرع بن حابس وكان حكم العرب في الجاهلية حتى جاء الاسلام وهو كذلك يصدرون عن رأيه .

## §. 6. — La procédure

Toute la procédure, suivant laquelle va se dérouler le procès devant le *ḥakam*, est commandée par les règles que nous avons exposées au sujet de la nature du pouvoir juridictionnel.

Les diverses phases de cette procédure et ses incidents, surtout ceux qui précèdent la comparution des parties et ceux qui suivent le prononcé de la sentence, font encore mieux ressortir le caractère arbitral de cette juridiction. Nous distinguerons, en conséquence, trois phases : la phase antérieure à la comparution devant le *ḥakam*, la phase du jugement, la phase postérieure au prononcé de la sentence.

I. — Dans la première phase de la procédure, seuls les parties et les tiers intermédiaires se trouvent présentes. Un différend, de quelque nature qu'il soit, ayant surgi entre deux personnes, la coutume interdit son règlement par l'action directe. Cette coutume étant assez puissante pour s'imposer, en dehors de toute sanction coercitive externe, aux parties, celles-ci ne trouveront d'autre moyen pour s'y conformer, étant donné le défaut d'une autorité judiciaire publique, que d'entamer des pourparlers directs entre elles. Naturellement, ces pourparlers ont tout d'abord pour but le règlement amiable du litige. Ainsi, le parent ou contribule, avant de demander à soumettre à un *ḥakam* sa prétention à une somme de composition, la réclamera à l'agresseur ou à sa tribu; et ce n'est qu'en cas de désaccord qu'on ira plus loin. L'initiative des pourparlers peut provenir indistinctement d'une partie ou de l'autre, suivant les circonstances et, surtout, suivant le degré de crainte qu'elles s'inspirent mutuellement pour le cas d'un éventuel recours à l'action directe. Ainsi, à la suite de l'agression dont a été victime le *ḥalīf* de Mālik ibn ʿAǧlān, ce sont les contribules de l'agresseur qui, par crainte de représailles dudit Mālik, lui proposent le paiement d'une somme de composition et éventuellement le règlement du litige par arbitrage. Au contraire, lorsque le père de Hind est atteint dans son honneur, par l'accusation élevée contre sa fille par son mari, c'est lui-même qui va trouver son gendre et lui demande de faire établir la vérité par la procédure d'arbitrage.

Souvent, — et en matière de règlement de compositions pour

homicide et lésions corporelles presque toujours, — ces pourpalers directs entre intéressés sont provoqués par l'intervention de tiers[1]. Ceux-ci — généralement, il s'agit de l'un de ces personnages qu'on appelait des « parfaits » (كامل) en raison de leur haute valeur morale — interviennent spontanément lorsqu'ils craignent que le conflit — de quelque nature qu'il soit, à son origine — ne dégénère en une guerre entre tribus.[2] Ce sont les *Aḥbār* des Juifs qui invitent les intéressés, dans un crime d'adultère, à soumettre le litige à l'arbitrage de Mahomet. Parfois, ce sont les parties elles-mêmes ou l'une d'elles qui, par amour-propre, ne voulant pas apparaître comme craignant l'action de l'adversaire, provoqueront des amis communs à suggérer l'arbitrage[3].

Une fois d'accord sur le principe de l'arbitrage, les parties préciseront elles-mêmes la question qu'elles entendent faire juge : la *diya* du client est-elle égale ou inférieure de moitié à celle du contribule proprement dit; l'épouse est-elle adultère ou non ; — telle tribu ou tel individu est-il plus noble que tel autre etc... Les parties établissent ainsi une sorte de *formule*, qui fixe les éléments de fait et de droit du litige, que le ḥakam doit résoudre.

Outre cette *formule* du compromis, l'accord des adversaires comportait un deuxième point : le *pari* — qu'on pourrait encor assimiler au *sacramentum* de la procédure romaine des Actions de la loi. Les parties conviennent d'un objet de valeur, qui reviendra au plaideur dont la prétention sera reconnue bien-fondée. Cet objet peut être très divers. Sans doute, il est très rarement question d'argent ou d'or, valeurs qui ne semblent pas avoir couramment servi de moyens d'échange dans les rapports entre Arabes, en dehors des villes. Dans la plupart des cas, le pari porte sur un certain nombre de têtes de chameaux. Dans d'autres cas, il s'agit d'un châtiment que le perdant éventuel s'engage à subir volontairement.

Dans le procès qui mit aux prises d'une part les Beni Kilāb et les Beni Ribāb, d'autre part 'Abd Al-Muṭṭalib, au sujet d'un bien sis près de la ville de Ṭā'if, le pari a pour objet cent chameaux[4]. —

(1) Cf. Tyan, *op. cit.*, 27 s. (2) *Aġāni*, III, 25. (3) *Aġāni*, III, 19 et s.
(4) Nuwayri, III, 129.

Dans le conflit de prééminence entre Umayya et Hāšim, le pari consiste en « cinquante chamelles aux yeux noirs[1] ». Dans une autre version, le pari aurait, en plus, comporté, pour la partie perdante, l'obligation de s'exiler de la Mecque pendant dix ans[2]. — Si le conflit met trop à l'épreuve l'amour-propre des parties, elles font des paris inconsidérés. Dans le procès qui s'engagea entre Ǧarīr Al-Baǧali et Ḫālid ibn Arṭa'a Al-Kalbi, le pari proposé, tout d'abord, par l'un des adversaires est de « mille chamelles rouges de couleur contre mille chamelles rouges de couleur ». L'autre adversaire, surenchérissant, propose « mille esclaves vierges contre mille esclaves vierges, ou même, si tu veux, dit-il à son adversaire, mille onces de métal jaune ( or ) », sur quoi enfin l'accord se fait entre les parties[3].

Ce pari ne doit pas faire l'objet d'une simple promesse. Chacun des deux adversaires doit se dessaisir de la chose promise. 'Abd Al-Muṭṭalib et ses adversaires consignent, chacun de son côté, les cent chameaux « dans une vallée ». Mais cette sûreté est souvent remplacée ou parfois doublée d'une autre garantie, encore plus efficace, appelée « *rahn* رهن ». Cette sorte de garantie suppose l'intervention d'un tiers qui s'engage à l'exécution de la sentence, suivant certaines conditions. Elle est instituée principalement pour assurer l'exécution de la sentence du ḥakam, mais elle sert subsidiairement à assurer l'exécution du pari qui n'est d'ailleurs qu'une conséquence de cette sentence. Nous étudierons cette garantie en parlant de l'exécution des décisions des *ḥakam*.

En principe, le résultat du pari ne consiste pas dans l'acquisition de la chose qui en constitue l'objet par la partie gagnante. Il apparaît plutôt comme une *peine* pour le perdant. Cela est évident lorsqu'il s'agit d'une obligation à l'exil. Cela est aussi vrai dans les autres cas. C'est pourquoi nous voyons le plaideur qui est sorti vainqueur du procès, non point garder pour lui-même le pari gagné, mais en faire immédiatement le sacrifice, au profit de la multitude qui a assisté à l'épreuve. Ainsi les cinquante chameaux gagnés par Hāšim sont « tués et offerts aux assistants[4] ». Les cent chameaux gagnés par 'Abd Al-Muṭṭalib sont offerts en vue d'une guerre contre les Beni Umayya[5].

Le troisième objet de l'accord des parties, c'est la personne du

(1) Ibšīhi, II, 73. (2) Nuwayri, III, 128. (3) *Naḳā'id Garīr*, 139.
(4) Nuwayri ; Ibšīhi, *eod loc.* (5) Nuwayri, *eod loc.* Il y a, probablement, beaucoup d'exagérations dans toutes ces traditions.

*ḥakam*. Naturellement ce choix était fait sous réserve de son acceptation.

II. — Une fois les parties d'accord sur les termes du procès et le nom de l'arbitre, elles doivent se rendre auprès de lui pour entamer la phase du jugement. Ou bien, elles se rendront au lieu de sa résidence, et, à cette fin, dans beaucoup de cas, elles feront de longs voyages, à la recherche d'un *ḥakam* particulièrement sage et réputé. Ou bien, elles attendront l'ouverture d'une foire célèbre telle que celle de 'Ukāẓ, et s'y donneront rendez-vous, pour soumettre leur litige au juge institué dans ce lieu.

Mais jamais les parties ne vont seules. Elles sont toujours accompagnées de parents ou de contribules. Ainsi, lorsque le père de Hind et son mari entreprennent le voyage du Yémen, pour se rendre auprès du juge qu'ils avaient choisi, le premier de ces plaideurs « sort avec des gens des Beni Maḫzūm » et l'autre, avec des « gens des Beni 'Abd Manāf[1] ». Dans le conflit de prééminence entre Ǧarīr et Ḫālid, toute une multitude du clan dechacun des protagonistes se rend à 'Ukāẓ, auprès du *ḥakam* Al-Aḳra'. Sans doute, tout ce monde participe au voyage parce qu'il est intéressé au procès et à son issue, à cause des liens de parenté et de clan qui l'unissent aux parties en cause. Mais c'est aussi parce que le procès ne doit pas se dérouler sans témoins. A ce titre, la présence de personnes autres que les principaux intéressés, étant générale dans toutes sortes de conflits, apparaît comme un des éléments nécessaires de la procédure. Arrivés chez le *ḥakam*, les plaideurs étaient ses hôtes. La qualité de juge ne devait pas le laisser enfreindre cette loi générale de l'Arabie : l'hospitalité. Il tiendra, par conséquent, à honorer ses visiteurs, il les logera, abattra des têtes de bétail pour les entretenir[2].

Le premier acte de la procédure devant l'arbitre, c'est la sollicitation de son consentement et la mise à l'épreuve de sa capacité.

Il arrivait souvent, comme nous l'avons déjà vu, que le *ḥakam* se récusât. Il proposait alors aux parties de s'adresser à un autre arbitre qu'il leur désignait. Le *ḥakam* n'accepte sa mission que sous condition de fourniture de garanties pour l'exécution de la sentence. Ces garanties, il les fixe lui-même, discrétionnairement[3].

(1) Nuwayri, III, 127. (2) V. la suite des textes précités : *Aġāni*, XV, 57 ; Nuwayri, III, 127, 128 ; *adde*, Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 96. (3) *Aġāni*, III, 25 s.

Le *ḥakam* devait s'assurer, avant tout débat au fond, que les règles préliminaires de la procédure ont bien été observées par les parties ; que, notamment, elles ont bien échangé les sûretés garantissant l'exécution de la sentence[1]. Un délai pouvait être accordé pour la fourniture de ces sûretés[2].

*L'épreuve de la divination*, — En second lieu, les parties, à titre de garantie d'une exacte justice, mettaient à l'épreuve le pouvoir « divinatoire » du *ḥakam*, plus spécialement, lorsque ce ḥakam était un *kāhin*. De nombreuses ancedotes sont rapportées à cet égard, dont les détails semblent plutôt relever de la légende. Essentiellement, il s'agissait pour le *kāhin* de découvrir un objet que les parties avaient dissimulé dans une cachette[3].

Lorsque les plaideurs omettaient de prendre l'initiative de cette épreuve, le *kāhin* lui-même leur rappelait cette obligation. Il ne faut donc voir là aucune prétention désobligeante pour la sagacité du juge, mais l'accomplissement d'une formalité rituelle indispensable.

Mais il semble que lorsque le *ḥakam* était le juge d'une foire, il était dispensé de l'épreuve de la divination, ce qui contribue à conférer à sa mission, en la circonstance, un caractère officiel et obligatoire.

*Garanties pour l'exécution de la sentence.* — Une autre condition de l'ouverture des débats consiste dans l'engagement des parties à se soumettre à la sentence à intervenir et dans la fourniture par elles de garanties de son exécution. Nous avons déjà dit que le ḥakam ne consentait à accepter le principe même de sa mission qu'à cette condition. Si les sûretés n'étaient pas déjà fournies lorsque les plaideurs se présentaient à l'audience du juge, celui-ci leur accordait un délai pour régulariser la procédure[3].

Ces sûretés consistaient en otages humains[4] remis par chacune des parties et confiés à la garde d'un tiers. Elles portaient le nom de *ruhūn* (رهون plur. de *rahn*). Ce terme désigne, d'une façon générale, toute garantie donnée pour l'exécution d'une obligation. Ainsi

(1) *Aġāni*, XV, 57. (2) *Aġāni, eod loc.* (3) Nuwayri, III, 127 s. L'épreuve de la divination n'était pas spéciale à la procédure d'un litige d'ordre judiciaire ; mais elle était aussi pratiquée chaque fois que l'on s'adressait à un kāhin pour lui demander la révélation de l'avenir. Cf. *Aġāni*, nouv. éd. IV, 305. (4) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139 ; *Aġāni*, XV, 54,

le gage proprement dit est appelé de ce nom, mais également, les arrhes[1]. On employait aussi, pour désigner les otages, le terme de موثق (*mawṯiḳ*) ou de ميثاق (*miṯāḳ*)[2].

Le tiers, à qui étaient confiés les otages, s'appelait *ḍamīn* ضمين[3]; c. à. d. garant (de la garde et, le cas échéant, de la remise des otages à qui de droit). Il était nécessairement un homme étranger au conflit, désintéressé et d'une probité reconnue. Il était, à cette fin, choisi parmi les « nobles des tribus, les gens de bien devant Dieu[4] ».

Mais parfois, on se dispense du tiers *ḍamīn*, et les otages sont remis au *ḥakam* lui-même, comme dans le cas du conflit entre les ʿAbs et Ḏubyān[5].

Nous n'avons pas pu trouver des documents sur le sort réservé aux otages du plaideur qui refusait de se soumettre à la sentence du *ḥakam*. Mais il ne serait pas présomptueux de penser qu'ils devaient être livrés au gagnant, et qu'ils étaient réduits en esclavage.

*L'audience.* — L'audience se tient au domicile du *ḥakam*. Un texte déjà cité représente Al-Ẕarib assis à la porte de sa maison et recevant les plaideurs[6]. Le prétoire ne présente rien de particulier. Cependant, à partir d'une certaine époque que nous ne pouvons déterminer quelques *hakam* prirent l'habitude de s'asseoir sur un siège élevé. D'après Yaʿḳūbi, le ḥakam Al-Afʿa, de Naǧrān, reçut le sobriquet de : *Du al-aʿwād* ذو الاعواد », parce qu'il tenait audience, assis sur un siège en bois[7].

Ordinairement l'audience se tient en plein air, sous un grand arbre;

(1) En matière de contrats, le terme de رهن sert aussi à désigner, — et peut-être est-ce là son sens originel (cf. pour les arrhes en droit grec et romain : Girard, *Manuel*, 6e éd., 553 s.) — les arrhes qui sont données en confirmation de la conclusion du contrat, et en manière de preuve de ce contrat. C'est dans ce sens que nous trouvons ce terme employé par le Coran, qui conseille aux contractants, lorsqu'ils ne trouvent pas un homme sachant écrire pour rédiger leurs accords, de s'assurer de ces engagements par le versement d'arrhes : وان لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة (II, 281). (2) *Aġāni*, nouv. éd., III, 26, 42. (3) *Aġāni* XV, 54. Le *ḍamīn* n'engage pas sa responsabilité personnelle pour l'exécution de la sentence. Mais il est responsable des otages qui lui sont remis. (4) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139 وضعوا الرهن على يدي عقبة بن ربيعة في اشراف من قريش — يوضعون على ايدي الاكفاء من اهل الله (5) Ibn Ḳutayba. éd. Brock., 89; Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, I, 201. (6) V. *supra* 28. (7) Yaʿḳūbi, *op. cit.*, *eod loc.*

un poète se vante de ce que son père a bâti sa maison près du grand arbre des chefs et des ḥakam[1].

L'audience est publique. Y assistent naturellement toutes les personnes qui ont accompagné les plaideurs et qui doivent servir de témoins des débats et du jugement. Une fois les deux adversaires devant lui, le *ḥakam* donne la parole à l'un d'eux. Les textes ne nous renseignent pas positivement si le demandeur avait un droit de priorité. Cependant, il semble qu'il en devait être ainsi : lorsque 'Utba veut innocenter sa fille de l'accusation portée contre elle par son mari, c'est bien lui qui prend le premier la parole. Et même, dans tous les textes où il s'agit de justiciables demandant réparation d'un préjudice, ce sont les demandeurs qu'on voit prendre, les premiers, la parole.

Mais il semble, en tous cas, que les débats étaient réduits à leur plus simple expression. Les parties ne faisaient qu'exposer brièvement le point litigieux, avec le cas échéant, l'administration des preuves, où la délation de serment jouait un rôle essentiel[1]. Cependant, la question de la preuve ne paraît pas avoir joué un rôle important dans la procédure. Cela pourrait se comprendre si l'on se réfère à ce qui a déjà été dit au sujet de la capacité de « divination », de révélation de l'inconnu, que les Arabes reconnaissaient à leurs juges. Ceux-ci tirent les éléments de conviction moins des preuves que les plaideurs leur apportent que de leur connaissance personnelle, de leur science de l'inconnu. Ainsi, 'Utba se contente de présenter au *ḥakam* sa fille, parmi d'autres femmes, et le ḥakam doit la distinguer et dire si elle est une femme adultère ou non. Même dans les procès où cette sorte de pouvoir surnaturel de divination n'est pas exigé, c'est à la simple connaissance supérieure reconnue au ḥakam que les parties s'en remettent. C'est pourquoi, dans les conflits préémi denence, le rôle des protagonistes ne consistent pas, pour chacun d'eux, à apporter telle ou telle preuve des vertus de son clan, mais simplement à exposer ses prétentions. Comme cela ressort de tous les textes qui nous rapportent des débats de ce genre, chacun des deux plaideurs ne fait qu'énumérer ses titres de gloire et ses prouesses. Ces plaidoiries se font en un langage rythmé, le *saǧ'* سجع ou *isǧā'* اسجاع et les adversaires essayent d'être plus habiles l'un que l'autre ; de telle sorte que les débats apparaissent plutôt comme un concours d'éloquence[3].

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438. (2) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 89. (3) *Naḳā'id Ǧarīr*, 139.

Dans des cas plus pratiques, lorsqu'il s'agit, par exemple, de fixer un montant de composition, les parties n'ont pas à apporter des preuves tendant à établir le plus et le moins de la somme réclamée. Les faits étant constants, le montant de composition est déterminé exclusivement par un principe, une coutume, qui ne peuvent être influencés, suivant chaque cas d'espèce, par les dires des parties ; et cette loi, c'est le *ḥakam* qui est chargé de l'exprimer.

*La sentence.* — Une fois les prétentions formulées de part et d'autre, le *ḥakam* rend sa sentence. Elle est prononcée encore suivant le style du *saǧ'*[1]. Le préambule nécessaire de toute sentence consiste en une invocation aux divinités, aux puissances de la lune et du firmamament[2], que le juge prend à témoins de la véracité de ce qu'il va dire et pour bien confirmer que sa décision est inspirée par une connaissance supra-terrestre. La fantaisie des *ḥakam*, dans l'énumération de ces puissances inspiratrices, se donne libre cours. C'est tantôt « la lune éclatante, l'astre brillant, le nuage pluvieux, l'oiseau dans le firmament, etc...[3] », tantôt « l'aube du jour et son crépuscule[4] », « le firmament et la lune[5] » ; plus souvent, ce sont les divinités « Al-Lāt et Al-'Uzza[6] ». Cette sentence, le juge ne devait la rendre que lorsque sa conviction était entièrement faite ; il avait le droit, le cas échéant, de renvoyer les parties à une nouvelle audience. C'est ainsi que, dans le conflit entre les 'Abs et les Ḏubbyān, un poète s'adressant au *ḥakam* institué entre les plaideurs, lui dit de ne juger que « lorsque sa sentence lui apparaîtra claire comme le matin du jour[7] ». Mais, la conviction une fois acquise, le *ḥakam* passait immédiatement, après les invocations préliminaires, au libellé même de la décision, en quelques mots laconiques. Nous avons déjà montré que le *ḥakam* pouvait, dans certains cas et pour des motifs divers, ne donner raison à aucune des deux parties, et, comme on dit vulgairement, les renvoyer dos à dos. Il pouvait aussi refuser de rendre sa sentence dans le litige qu'il avait commencé par accepter de juger[8]. Il pouvait encore rendre une sentence qui ne mettait pas fin entièrement au litige, comme fit ce juge du conflit de prééminence entre Hubayra ibn 'Amir et Ḫidāš ibn Zuhayr, qui déclara que « le plus noble des deux plaideurs était celui qui est le

(1) Ǧāḥiẓ, *op. cit.* I, 235 s. (2) Il me semble plus exact de traduire, en l'espèce, le terme سماء par firmament plutôt que par ciel. (3) Nuwayri, III, 128. (4) Nuwayri, III, 129. (5) Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, I, 136. (6) *Naḳā'id Ǧarir*, 139. (7) Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, I, 102. (8) Ǧāḥiẓ, *eod loc.* هـذا وان لم تطق حكومتهم فانبذ اليهم امورهم سلما .

plus proche parent de 'Abdallah ibn Ga'da ». La discussion reprit entre les parties sur la fixation de leur degré de parenté avec le dit 'Abdallah[1].

Souvent, la décision dépassait le cadre de l'espèce qui lui était soumise et revêtait un caractére général et réglementaire. Mettant à profit l'autorité et le prestige dont il jouissait, le juge prenait motif du procès qui lui était soumis pour instituer ou rappeler des règles dont il imposait l'observation pour l'avenir. Ainsi, dans le litige qui avait mis aux prises Mālik et les Beni 'Awf, le *ḥakam* décida, d'une façon générale, en outre de sa sentence concernant le procès même, que dorénavant le montant de composition dû pour le meurtre d'un client serait de la moitié de la composition due pour le meurtre du membre originaire de la tribu[2].

L'exécution des sentences des *ḥakam* n'était assurée par aucune autorité officielle. Ce principe découle de la nature même de la juridiction arbitrale ; puisque c'est le seul consentement des parties qui a donné compétence au *ḥakam* pour le jugement du litige, on ne peut, à défaut d'un nouveau consentement, procéder à l'exécution de la sentence[3]. Il faut noter, en effet, que l'accord des plaideurs a eu seulement pour objet de soumettre à l'arbitrage le jugement du litige. Par conséquent, il faut poser, en principe, que la sentence n'avait en soi aucune force exécutoire. C'est ainsi qu'en fait, on voit des plaideurs ayant perdu leur procès, qui refusent d'exécuter la sentence, comme ce même Mālik qui menace de nouvelles hostilités ses adversaires parce que le ḥakam 'Amr ibn Imru'l-Ḳays, qu'il avait pourtant choisi lui-même, ne lui avait pas accordé pour le meurtre d'un de ces clients une *diya* entière. C'est en prévision d'une telle éventualité qu'intervenait la procédure de fourniture de garanties, comme nous l'avons déjà constaté.

D'ailleurs, l'autorité et le prestige personnels du juge entraient pour beaucoup dans les dispositions du perdant à se soumettre à sa sentence. Le titre de gloire du célèbre Ẓarib était, au dire d'un poète, que ses décisions étaient toujours exécutées par les plaideurs[4].

(1) *Aġāni*, nouv. éd. VI, 23. (2) *Aġāni*, nouv. éd. III, 41. (3) C'est dans ces limites qu'il faut, à notre sens, admettre cette affirmation d'un auteur moderne, suivant laquelle « kein Schiedspruch einer Autoritat, ob sie nun der Sayid oder Schiedsrichter hakam war, ist ein Urteil, sondern nur ein Vorschlag zur Vestandigung (Jacob, *Altarabisches Beduinenleben*, 217). (4) Ibn Hišām, 77 :

ومنهم حكم يقضي فلا ينقض ما يقضي

Le caractère religieux, qui s'attachait à la sentence des *ḥakam*, du fait qu'elle était considérée comme une révélation céleste, devait aussi contribuer largement à la faire accepter. En ce sens, Fisher a raison d'affirmer que la décision des *ḥakam* était « acceptée comme une sorte de jugement de Dieu, sans appel[1] ». En effet, la décision n'était pas susceptible de voies de recours. Mais l'inexistence de voies de recours provenait non pas seulement du caractère religieux de la décision, mais aussi et surtout de son caractère arbitral.

---

## Section III. La justice dans l'œuvre de Mahomet

### §. Ier — Généralités

En ce qui concerne la plupart des usages et coutumes d'Arabie, le Prophète de l'Islam devait, très généralement, les maintenir, soit par des textes coraniques où il les confirmait expressément, en leur donnant un caractère de prescriptions divines, soit par l'application pratique qu'il en fit lui-même dans les divers cas qu'il avait à résou- personnellement. Il paraît certain qu'il n'eut pas l'intention d'instituer une nouvelle législation profane. Tous les textes qui se réfèrent à cette matière ne constituent que des dispositions fragmentaires, des recommandations et des prescriptions sur tel ou tel point particulier de la conduite des hommes. Des cas se présentent, qu'on lui soumet et qu'il lui faut résoudre; il le fait au moyen de révélations. Comme le reconnaît d'ailleurs la doctrine traditionaliste même, toutes les solutions relatives au droit privé furent provoquées par des nécessités accidentelles, en réponse à des consultations particulières de fidèles. C'est pourquoi, ne procédant pas d'une idée générale et d'une activité spontanée, les dispositions de droit civil du Coran sont rares et éparpillées dans divers textes avec lesquels elles n'ont souvent aucun rapport logique. C'est suivant les mêmes procédés que le Coran a prévu des peines applicables par la communauté à certains délits publics, comme la fornication, le vol, en quoi encore on ne peut voir l'institution d'un système général de répression publique.

(1) Encycl. (Isl.), V *Kāhin*. (2) Ḫuḍari. *Tārīḫ al-tašrīʿ al-islāmi*, 13.

En ce qui concerne plus particulièrement l'exercice de la justice, nous constaterons que Mahomet n'a jamais eu l'idée de substituer aux coutumes suivies dans l'Arabie préislamite, un nouveau système, inspiré par de nouvelles conceptions d'organisation des pouvoirs publics ; qu'au contraire, il a entendu maintenir le système de justice privée, de composition et d'arbitrage, tel que nous l'avons vu pratiqué, avant l'Islam ; mais que cette confirmation des usages primitifs n'a pas exclu certains progrès, certaines améliorations qui furent soit introduits par des textes exprès, soit commandés nécessairement par le fait de la nouvelle organisation islamique et de ses tendances unitaires.

## §. 2. — La justice privée

Le Coran a apporté quelques limitations au droit de vengeance préislamite, mais ces limitations concernent plutôt le fond du droit. Le principe même de l'exercice de la justice privée en matière d'homicide est expressément confirmé par le Livre saint de l'Islam, en des passages multiples. Cette justice privée est présentée, non plus seulement comme une coutume profane, mais comme une règle supérieure de justice divine. « Le *ḳiṣāṣ*[1] vous a été prescrit en matière de meurtre : un homme libre pour un homme libre, un esclave pour un esclave, une femme pour une femme, etc... » (Coran II, 178). Dans un autre verset, le Prophète rattache cette règle à la loi hébraïque de l'Ancien Testament : « Nous leur (les Juifs) avons prescrit ceci : âme pour âme, œil pour œil, nez pour nez, oreille pour oreille, dent pour dent etc... » (V. 47). D'autres passages impliquent le droit de tuer l'agresseur : « Si vous châtiez, faites-le dans la mesure où vous avez subi le préjudice » (XVI, 126). « Attaquez ceux qui vous ont attaqués, dans la mesure où ils vous ont attaqués » (II, 194). « Ceux qui n'invoquent avec Dieu aucun autre Dieu et qui ne tuent pas l'homme que Dieu a protégé sauf lorsqu'ils y ont droit... » (XXV, 68). — « Ne tuez pas l'homme que Dieu a protégé, sauf dans les cas où vous y avez droit » (XVII, 33). Dans la suite de ce dernier verset, le Coran consacre le droit du parent ou contribule, le *wali al-damm*, à l'exécution de la vengeance : « Celui qui aura été tué injustement, nous avons conféré à son *wali* le pouvoir de tuer (l'agresseur) ; mais qu'il n'abuse pas de ce pouvoir ». Dans les recueils des traditions (*ḥadīṯ*), les textes sont encore nombreux où le droit de vengeance est con-

(1) C'est le nom que donne le Coran à la vengeance privée ou talion.

firmé[1]. Dans une célèbre épître attribuée à Mahomet, celui-ci proclame que le *wali* a droit à sa vengeance tant qu'il ne consent pas à une composition[2].

Cependant, les notables restrictions de fond qui sont apportées au droit de vengeance vont avoir nécessairement leur répercussion sur l'étendue du droit de justice privée[3]. A cet égard, il y a lieu de rappeler le principe de l'individualisation de la vengeance, qui est proclamé par le Coran. Il en est de même du principe d'égalité dans l'exercice de la justice privée. Le Coran substitue, à dessein semble-t-il, à l'ancienne notion de *ṯa'r*, la notion de *ḳiṣāṣ* ou talion, qui implique une stricte égalité entre le dommage subi et le dommage à faire subir : c'est un homme libre qui doit être tué pour un homme libre, un esclave pour un esclave, une femme pour une femme ( II, 178 ) ; — les représailles que l'on exerce doivent être égales à l'offense que l'on aura subie ( XVI, 126 ) : — le *wali al-dāmm* ne doit pas abuser du pouvoir qui lui est conféré ( XVII, 33 ) ; — celui qui, dans l'exercice de sa vengeance, dépasse la mesure de la loi s'expose justement à une action en retour ainsi qu'à un châtiment en l'autre monde ( II, 176 ).

D'autre part, l'exercice de la vengeance n'est autorisé que pour le cas d'homicide intentionnel.

Quant au régime des compositions, on constate que Mahomet n'y a pas apporté un changement fondamental ; qu'au contraire, il l'a consacré, mais en lui faisant subir une restriction importante.

La vengeance, dans la nouvelle notion du *ḳiṣāṣ*, étant maintenue, la composition, en matière d'homicide, reste purement volontaire. Mais elle devient forcée en cas d'homicide non intentionnel où, comme nous venons de le dire, la justice privée est abolie. Cette composition — volontaire ou forcée — est la même que celle qui était anciennement pratiquée : c'est la *diya* de l'époque préislamite ( IV, 91 ). D'après une tradition, le Prophète aurait même fixé le montant exact de cette diya, tel qu'il était adopté, en général, avant lui, soit cent chameaux[4].

Le système des compositions est encore confirmé lorsqu'il s'agit de la responsabilité collective de la tribu ou du clan. D'après l'épître

(1) *Cf.* Buḫāri, IV, 409. (2) Ibn Hišām, 341. (3) *Cf.* Tyan, *op. cit.*, 44 s.
(4) *Cf.* Tyan, *op. cit.*, 59.

déjà citée, Mahomet confirme la responsabilité de la tribu dans le paiement des compositions dues par ses membres[1]. Suivant la conception de Mahomet, telle qu'elle apparaît encore dans ce document, la nouvelle communauté musulmane est assimilée à une tribu et est régie par le même principe de responsabilité collective[2]. Cette épître serait-elle apocryphe qu'elle confirmerait encore davantage que, d'après la croyance générale, à l'avènement de l'Islam, rien ne fut changé aux coutumes primitives.

## § 3. — Le système judiciaire dans l'œuvre de Mahomet

Lorsqu'on parcourt l'œuvre de Mahomet, on acquiert facilement la conviction que, comme il n'a pas introduit un nouveau système de législation, il n'a pas entendu instituer un nouveau système de juridiction. Que l'on se rèfère aux divers versets du Coran où il est question de difficultés judiciaires ou que l'on consulte les diverses traditions où le Prophète est représenté comme jugeant des litiges entre particuliers ou groupements, on voit toujours que le système suivi est exactement le système judiciaire de l'arbitrage tel qu'il était pratiqué dans les temps préislamites. Au surplus, tous les documents, soit du Coran, soit des *hadīṯ*, ne sont pas groupés en un corps de doctrine homogène, procédant d'une idée genérale d'ensemble. Ils sont éparpillés au hasard de nécessités occasionnelles, rattachés à des solutions d'espèces de nature diverse.

Il est très frappant que, dans tous les textes du Coran où il est question de la justice, elle est toujours désignée par le terme même qui était employé avant l'Islam, celui de *taḥkīm*, qui exprime précisément la notion de juridiction arbitrale[3]. Dans les cas où le Prophète recommande à ses adeptes de lui soumettre leurs litiges, comme dans ceux où il refuse de juger d'autres procès, dans les cas où il parle des juges de la Ǧāhilyya comme dans ceux où il prévoit le jugement des procès à l'avenir, c'est toujours cette notion d'arbitrage qui se présente, seule, à l'esprit du Prophète. Par contre, l'expression propre qui servira par la suite, dans le développement de la législation

(1) Ibn Hišām, 341. Sur une autre modalité de responsabilité collective, cf. Tyan, *op. cit.*, 113 s. (2) Ibn Hišām, *eod loc.* وان المؤمنين لا يتركون مفرحاً بينهم ان يعطوه بالمعروف من فداء او عقل. (3) Parfois le terme قضاء est employé, mais il l'est accessoirement à celui de *taḥkīm* (*cf.* Sūrat IV, 65).

islamique, à désigner le pouvoir judiciaire proprement dit, l'expression de *ḳaḍā'* (القضاء) n'est employée dans le Coran que dans des sens tout différents : en parlant de Dieu, Maître suprême du jour du jugement (XLV, 17 ; X, 93), ou juge actuel des actes de la vie et des controverses doctrinales (XXVII, 78; XXXIX, 69 ; XL, 20), ou de Dieu, manifestant une vérité (XXVIII, 44) ou ordonnant la Création (XL, 68), ou des Prophètes des nations qui ont été envoyés pour diriger leurs destinées (X, 47).

Un des textes qui fait le mieux ressortir la conception de Mahomet en matière de juridiction est le verset 42 (S. V du Coran), ainsi conçu : « ... S'ils se présentent à toi, juge entre eux ou renvoie-les : si tu les renvoies, ils ne pourront te faire du mal, mais si tu juges, soit juste et équitable[1] ». D'après une tradition des plus respectées en l'Islam, cette prescription divine aurait été révélée au Prophète à l'occasion d'un litige entre les Beni Ḳurayẓa et les Beni Naḍīr, au sujet des montants de composition dus pour le meurtre d'hommes de l'une et de l'autre tribu[2]. Nous n'avons pas à discuter du caractère authentique ou apocryphe de cette tradition. Elle serait apocryphe qu'elle n'en contribuerait pas moins à nous éclairer sur le sens et la portée du texte ; car même alors elle manifesterait les conceptions qu'une génération, encore rapprochée de l'époque de Mahomet, se faisait du rôle de justicier reconnu au Prophète.

Les litiges en matière de compositions étaient, comme nous l'avons déjà constaté, parmi ceux qui donnaient le plus fréquemment lieu à une procédure arbitrale. C'étaient des litiges de l'espèce la plus pratique. Or Mahomet a suivi, en la matière, les mêmes errements que les arbitres préislamites. Un des éléments caractéristiques de la procédure d'arbitrage était l'acceptation de sa mission par l'arbitre ; précisément le Prophète réserve sa liberté d'accepter ou de refuser l'arbitrage d'un conflit, même du genre le plus ordinaire. Dans tous les textes où le Prophète veut s'ériger comme juge, c'est à titre d'arbitre qu'il incite ses adeptes à lui soumettre leurs différends. Il demande que l'accord se fasse entre les plaideurs pour qu'ils ne s'adressent pas à un autre que lui. C'est précisément ce rôle des *ḥakam* de la Ǧāhilyya qu'il veut dorénavant assumer parmi ses fidèles. Ce n'est pas une autorité, un pouvoir supérieur constitué, qu'il leur impose.

(1) فان جاؤك فاحكم بينهم او اعرض عنهم وان تعرض عنهم فلن يضروك وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط

(2) Ibn Hišām, 395.

« Si vous avez un différend entre vous, soumettez-le à Dieu et son Prophète » (IV, 59). Ce que le Prophète considère comme une preuve de loyalisme et de foi musulmane sincère, c'est, de la part de ses adeptes, de les voir s'entendre pour lui confier le soin d'arbitrer leurs litiges حتى يحكّموك فيما شجر بينهم (IV, 65). Il ressent un profond dépit lorsque, malgré ses recommandations, ses adeptes ne cessent de recourir à l'arbitrage des ḥakam, juges-arbitres de la Ǧāhilyya[1].

Le Prophète cependant prévoit et admet volontiers que certains plaideurs ne veuillent pas recourir à son arbitrage, comme ces Juifs « qui ont leur Tora[2] ».

Les préceptes que le Coran édicte relativement à l'exercice de la justice, c'est aux *ḥakam*, à ceux qui ont été volontairement choisis par les plaideurs et qui ont bien voulu accepter cette mission, qu'il les adresse. C'est ainsi que, dans le texte déjà cité du verset 42, Sūrat V, où, après avoir laissé à son Prophète la liberté d'accepter ou de refuser l'arbitrage, Dieu lui prescrit, en cas d'acceptation, de juger en toute équité et justice : وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط. Même prescription dans la Sūrat V, verset 58. Le juge ne doit pas se laisser influencer par les passions qui agitent les plaideurs (X, 49).

Il est d'ailleurs intéressant, à plusieurs points de vue, de noter l'insistance avec laquelle le Prophète exhorte ses nouveaux adeptes à le choisir comme arbitre de leurs différends. C'est une prérogative à laquelle il attache beaucoup d'importance que celle d'exercer les fonctions judiciaires qui étaient assumées par les *ḥakam* de la Ǧāhilyya. Ces *ḥakam* étaient des maîtres d'erreur que les musulmans ne doivent plus reconnaître[3]. Ce qui l'amène à prendre cette attitude hostile à l'égard des *ḥakam*, c'est, dans une large mesure, leur caractère religieux. Lui-même est porteur d'un nouveau message céleste, prédicateur d'une nouvelle religion, qui doit abolir tous les enseignements et toutes les pratiques dont ces *ḥakam* sont les représentants et les ministres. A cet égard, il n'est pas sans intérêt de remarquer que c'est dans les Sūrat mecquoises, c'est-à-dire, celles qui ont été édictées dans la phase proprement religieuse de la mission du Prophète, que se retrouvent ces exhortations. Par ailleurs, la Tradition islamique se complaît à affirmer que tel *ḥakam* fut le dernier à exer-

(1) Ibn Hišām, 360. (2) Coran, V, 42. (3) Coran : يريدون ان يتحاكموا الى الطاغوت Ibn Hišām, 360.

cer le pouvoir judiciaire, du fait de l'avènement de l'Islam[1], que son enseignement et son conseil s'effacèrent devant la Prophetie[2].

Mais c'est cette tradition islamique même qui continue à représenter le Prophète exerçant la justice à l'instar d'un arbitre, comme un des ḥakam de la Ǧāhilyya. C'est ainsi que, — probablement pour marquer la prédestination de Mahomet — la Sīra rapporte que des clans de Ḳurayš s'étant assemblés à la Ka'ba pour aviser à la restauration de ce temple, et un désaccord s'étant élevé entre eux, le plus âgé parmi ceux qui se trouvaient présents, Abū-Umayya ibn Al-Muġīra, proposa de faire juger le différend par la première personne qui entrerait par la porte du temple. Cette personne fut Mahomet, lequel trancha alors le litige[3]. — Nous avons vu aussi comment à la suite du conflit entre les deux clans de Ḳurayẓa et de Naḍīr, au sujet de montants de compositions, les deux parties demandèrent au Prophète de les départager ; comment des *aḥbār* juifs lui soumirent un litige qu'ils avaient avec quelques-uns de leurs coréligionnaires, suivant, toujours, la procédure du *taḥkīm*[4].

Même pour les actes qui étaient érigés depuis longtemps en délits publics, tels que l'adultère, puni de la lapidation, Mahomet a besoin de l'investiture des intéressés. Les *aḥbār* des Juifs, cherchant à éprouver la science du nouveau Prophète, lui auraient amené une femme et un homme adultères, « en lui conférant le droit de les condamner », spécifient les textes[5].

Dans tous les autres cas, où les traditions ne sont pas explicites sur le point qui nous intéresse, elles nous représentent toujours les parties s'adressant spontanément au Prophète et lui soumettant volontairement leurs litiges.

## §. 4. — Critique de l'opinion traditionnelle

L'opinion traditionnelle chez les anciens musulmans, telle que nous l'avons exposée au début de ce chapitre, fidèle à l'attitude qu'elle adopte relativement à toutes les institutions islamiques, repré-

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 438. (2) *Naḳā'id Garīr*, 438. (3) Ibn Hišām, 125.
(4) Ibn Hišām, 395. (5) Ibn Hišām, 393.

sente Mahomet comme le premier fondateur du système judiciaire suivi dans les Etats musulmans. Elle fait table rase de toutes les institutions judiciaires antérieures et feint de les ignorer systématiquement. Or, cette opinion nous semble foncièrement erronée.

La preuve décisive de cette erreur résulte, au premier chef, des procédés d'exercice de la justice en Arabie au temps et dans le milieu du Prophète, de l'exercice de cette justice par le Prophète lui-même, enfin de toutes les règles relatives à cette matière, qui se trouvent dans le Coran. Nous venons de démontrer, en étudiant ces divers textes et documents, que cette justice était restée exclusivement une justice arbitrale, telle, exactement, qu'elle fonctionnait avant l'avènement du Prophète de l'Islam. Il est donc certain que Mahomet n'a pas même eu l'idée d'instituer un nouveau système judiciaire. Nous verrons bientôt, par l'étude du fonctionnement de la justice dans ce même milieu arabe, au cours des premières années de l'Islam, après la mort du Prophète, que même alors, rien ne fut changé au système antérieur. Tout au plus, pourrait-on relever dans l'œuvre de Mahomet une tendance, postulée par la nouvelle organisation politique de la communauté musulmane, — sa cohésion sous la direction d'un chef reconnu, — tendance en vertu de laquelle le choix de ce chef par les plaideurs comme leur juge-arbitre, devenait naturel et courant. Ce chef se considérait comme le *ḥakam* par excellence de sa communauté.

Si l'on examine les ḥadīṯ invoqués par la Tradition et relatifs à l'exercice de la justice par Mahomet, — même si l'on admettait leur authenticité — rien n'autorise à y voir la preuve de l'exercice d'une justice érigée en autorité publique et obligatoire. Nous avons déjà noté que toutes ces traditions impliquaient — formellement ou tacitement — un accord préalable des parties aux fins de la soumission de leur litige au Prophète. D'autre part, toutes les caractéristiques de l'autorité publique font défaut à cette justice exercée par le Prophète. Rien ne révèle l'existence d'une procédure permettant à un demandeur de contraindre son adversaire à comparaître devant le juge, rien ne révèle l'existence d'une procédure réglementant des jours et des lieux d'audience, des formes à suivre dans le jugement des affaires, des modes de preuves et leur valeur probante. Rien n'est précisé quant à la force obligatoire des sentences rendues par le Prophète, et quant à leurs modes d'exécution.

Au demeurant, il est très curieux de constater comment la Tradition, emportée par le courant apologétique, charrie avec elle des

éléments qui ne servent qu'à la démentir ; des ḥadīṯ qui ne montrent le Prophète que prévoyant exclusivement la juridiction arbitrale. La règle de conduite morale d'après laquelle le magistrat doit juger en toute sérénité d'âme, s'abstenir d'exercer ses fonctions lorsqu'il est en colère, est une des règles sur lesquelles insistent le plus les ouvrages juridiques; les auteurs s'ingénient à attribuer, soit aux premiers fondateurs de l'Islam, soit au Prophète même, des recommandations ou des prescriptions dans le même sens. Or, un ḥadīṯ que rapporte Buḫāri même, à ce sujet, est très révélateur. Le Prophète aurait dit : « Le *ḥakam* ne doit pas juger entre deux personnes alors qu'il est en colère[1] ». C'est donc le *ḥakam*, c'est-à-dire, l'arbitre, tel que ce personnage apparaît dans le milieu arabe préislamite, que le Prophète envisage, et non le juge, le *ḳāḍi* fonctionnaire d'Etat, investi d'une autorité publique. D'après un autre ḥadīṯ, que la doctrine courante invoque comme constituant un des fondements de l'institution kadiale, le Prophète aurait dit : « Quiconque est institué arbitre par deux personnes qui se sont adressées à lui et l'ont accepté et qui ne juge pas conformément à la justice, est maudit de Dieu[2] ». D'après la tradition la plus orthodoxe, donc, le juge qui est offert comme modèle par le Prophète, ce n'est pas un magistrat public, mais un simple particulier choisi librement par les parties, comme l'étaient les *ḥakam* d'Arabie. D'ailleurs, les divers textes que tous les ouvrages de droit ou de littérature en général mettent en tête du chapitre qu'ils consacrent à la magistrature, pour marquer son origine divine et coranique, sont ou bien les textes que nous avons déjà indiqués, ou bien le verset coranique ومن لا يحكم بما انزل الله ... يا داود انا جعلناك ...
Or, tous ces textes sont manifestement détournés de leur sens originel. Nous avons vu que, dans les textes déjà cités, Mahomet n'a voulu désigner que le cas de l'arbitrage pur et simple. Quant aux termes حُكْم — حَكَم ( *ḥukm, ḥakama* ) figurant dans les autres, il est clair qu'ils ne sont pas pris dans le sens de « jugement — juger », mais désignent simplement soit le gouvernement général de la nation, soit l'obligation de suivre et d'appliquer les prescriptions de la nouvelle religion.

Mais la Tradition ne s'est pas bornée à représenter le Prophète comme exerçant la justice ; il aurait, aussi, désigné des ḳāḍi, dans divers districts. C'est ainsi qu'il aurait envoyé ʿAli et Maʾāz Ibn Ǧabal, comme ḳāḍi au Yémen, ʿUmar ibn Al-Ḫaṭṭāb et Abu Mūsa Al-

(1) Buḫāri, II, 502. (2) Ibšīhi, I, 118.

Aš'ari, comme juges dans d'autres circonscriptions. Mais là encore la science historique dément la Tradition. N'y eut-il que la seule considération que Mahomet n'a pas pu procéder à la nomination de juge, puisque lui-même n'a pas eu l'idée d'une organisation judiciaire, que cet argument suffirait à faire ressortir le caractère apocryphe des traditions. Mais il y a des arguments plus directs. En ce qui concerne la prétendue nomination de 'Ali, elle est représentée par la Tradition comme ayant eu pour objet des fonctions complètement disparates. D'après certains documents, 'Ali aurait été envoyé au Yémen aux fins de la collecte de l'impôt du quint[1], ou à Nağrān, pour la collecte des aumônes[2], ou au Yémen encore aux fins de conversion forcée des habitants et de razzia[3]. La contradiction n'est pas moins accusée lorsqu'il s'agit de la nomination de Ma'āz ibn Ğabal. D'après quelques textes, il aurait été envoyé au Yémen comme juge ; d'après d'autres, comme instructeur du Coran ; d'après d'autres enfin, à la tête d'une expédition militaire. D'après une tradition rapportée par Māwardi, Ma'āz aurait été envoyé au Yémen à titre de gouverneur ( *wāli* ) et non de juge ( *ḳāḍi* )[4].

Les traditions se contredisent encore quant au lieu où aurait été envoyé Ma'āz : d'après ibn Hišām, c'est à la Mecque que le Prophète le chargea de l'instruction du Coran[5], d'après d'autres, c'est au Yémen[6]. Quant à 'Umar, aucun témoignage direct n'est produit pour établir qu'il a été désigné à une fonction judiciaire. Mais il semble, comme le fait remarquer 'Abd Al-Rāziḳ, que cette tradition ait été tirée par déduction de ce que rapporte les « Sunan » de Tirmiḏi au sujet de la nomination de 'Abdallah ibn 'Umar, par 'Uṯmān. 'Abdallah aurait dit alors à 'Uṯmān : Est-ce un châtiment que tu veux ainsi me faire subir, ô Commandeur des Croyants ? — Mais qu'appréhendes-tu de cela, répliqua 'Uṯmān, *puisque ton père jugeait avant toi ?* 'Abdallah reprit : Mon père jugeait, il est vrai, mais s'il avait une difficulté, il s'adressait à l'Envoyé, lequel s'il ne pouvait en trouver la solution, la demandait à l'Ange Gabriel. Or, moi je ne trouve personne à qui m'adresser ». On pourrait faire remarquer, en premier lieu, au sujet de cette histoire, qu'aucune tradition, même parmi les plus manifestement apocryphes, ne nous rapporte des cas où, du vi-

(1) *Cf.* 'Abd Al-Rāziḳ, *op. cit.*, 39. (2) Ibn Hišām, 965. (3) *Cf.* 'Abd Al-Rāziḳ, *eod loc.* (4) Māwardi, 63. Autre exemple de déformation des faits historiques par la Tradition : le nommé 'Attāb ibn Usayd qui, d'après Ibn Hišām, aurait été nommé par le Prophète, gouverneur de la Mecque, devient, dans la littérature postérieure, juge de cette ville. ( Ḫallikān, II, 288 ; Ğawzi, 54 ). (5) Ibn Hišām, 886. (6) *Cf.* 'Abd al-Rāziḳ, *eod loc.*

vant du Prophète, quelques-uns des juges, prétendûment désignés par lui, aient recouru à lui pour la solution de difficultés qu'ils trouvaient dans l'exercice de leurs fonctions, et, moins encore, la Tradition nous cite-t-elle des cas précis de révélations faites par l'Ange Gabriel au Prophète pour lui fournir de telles solutions. Quant à Aš'ari, la Tradition est encore plus suspecte. Le texte le plus sérieux que l'on rapporte à cet égard est un ḥadīṯ de Buḫāri d'après lequel le dit Aš'ari aurait été envoyé avec Ibn Ǧabal, dans deux districts différents du Yémen[1]. Le ḥadīṯ ne donne pas d'autre précision ; par conséquent, sa teneur elle-même permet de contester que cette prétendue nomination ait été faite aux fins d'exercice de fonctions judiciaires. Il est plus que probable que la tradition relative à Aš'ari a été inventée pour glorifier ce personnage qui va jouer un rôle considérable dans les premières années de l'expansion musulmane et qui sera représenté par la Tradition postérieure, comme un ḳāḍi, envoyé en Irak par le calife 'Umar ; qui, enfin, sera désigné par le calife 'Ali comme son arbitre, dans son conflit célèbre avec Mu'āwiya.

En tous cas, toutes ces traditions ont un caractère bien tardif. La Sīra d'ibn Hišām ne rapporte et ne prend à son compte aucune de ces désignations de juges. D'après cet ouvrage, 'Ali aurait été seulement chargé de la collecte des aumônes à Naǧrān[2], Ma'āz, de l'instruction religieuse de la population mecquoise[3]. Quant à 'Umar et Aš'ari, Ibn Hišām ne fait mention d'aucune mission judiciaire qui leur aurait été confiée.

Ce qui fait, encore, bien ressortir le caractère tendancieux de l'opinion traditionaliste, c'est que dans des recueils, parmi les plus classiques, comme celui de Buḫāri, et sous diverses rubriques relatives à certaines règles de l'organisation judiciaire, les ḥadīṯ invoqués dans cette opinion ne se retrouvent pas, alors que ceux qu'on relève n'ont en réalité aucun rapport avec lesdites règles. Ainsi, sous la rubrique « de la justice et de la *futya* dans le chemin public », Buḫāri ne trouve à citer que le ḥadīṯ suivant : Anas ibn Mālik a dit : « Je sortai un jour avec le Prophète de la mosquée ; nous rencontrâmes un homme qui se tenait sous l'auvent. Il dit au Prophète : O Envoyé de Dieu ! à quand l'Heure ? Le Prophète répondit : Je ne m'y suis pas préparé. L'homme se tut un moment, puis dit : O Envoyé de Dieu, je ne m'y suis préparé ni par le jeûne, ni par la prière, ni par l'aumône, mais j'aime Dieu et son Envoyé. Le Prophète

(1) Buḫāri, II, 502. (2) Ibn Hišām, 965. (3) Ibn Hišām, 886.

lui dit : Tu seras avec ceux que tu aimes[1] ». Sous la rubrique : « Le juge doit-il se rendre aux invitations », Buḫāri cite le ḥadīṯ suivant : « Le Prophète a dit : délivrez le prisonnier et répondez à l'invitation de celui qui vous invite[2] ». — Sous la rubrique : « Le jugement par défaut », le même traditionniste cite le ḥadīṯ suivant : « Hind ( épouse de Ibn Sufyān ) demanda au Prophète si, Abū-Sufyān étant un homme avare, elle avait le droit de prendre quelque chose de ses biens. Le Prophète lui répondit : Prenez de quoi vous suffire, vous et vos enfants[3] ». — Pour justifier l'emploi d'interprète auprès du juge, et sous la rubrique : « L'interprétariat auprès des juges et si l'on peut employer un interprète », le même Buḫāri rapporte un ḥadīṯ de Zayd Ibn Ṯābit d'après lequel le Prophète lui aurait ordonné d'apprendre l'hébreu[4] ». Or, il apparaît manifestement que les ḥadīṯ ainsi invoqués sont loin d'être en relation avec l'objet auquel veut les destiner le traditionniste, à savoir, l'organisation du pouvoir judiciaire. S'il y en avait qui fussent plus rapprochés de cette matière, aurait-il manqué de les citer ?

---

## Section IV. — Les califes dits « rasidun » ont-ils organisé un système judiciaire ?

Nous avons vu, en exposant la doctrine traditionnelle musulmane, qu'elle représente les premiers califes et plus spécialement 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb, comme ayant donné au système judiciaire, qui allait régir le monde musulman, son organisation essentielle définitive. Pour nous faire une opinion de la valeur historique de cette doctrine, nous devons, en premier lieu, étudier comment, en fait, s'exerçait la justice, dans le milieu arabe, aux premiers temps de l'Islam ; ensuite, examiner la valeur historique des faits et documents qui sont rapportés à l'appui de la doctrine traditionnelle.

I. — La description de l'état du pouvoir judiciaire sous les premiers califes, et dans le milieu où ils sont représentés comme ayant

(1) Buḫāri, IV, 501. (2) Buḫāri, IV, 510. (3) Buḫāri, IV, 512.
(4) Buḫāri, IV, 519.

commencé à organiser le nouveau système, doit contribuer considérablement à nous éclairer sur la question. Mais il faut reconnaître que son étude est plus malaisée que pour l'époque de Mahomet, étant donné que les textes et documents divers, non suspects, deviennent beaucoup plus rares.

Un premier point qui doit retenir l'attention est relatif à l'état social de l'Arabie, à l'époque de premiers califes. Une nouvelle communauté est constituée, reconnaissant un chef, qui la lance à l'invasion de pays étrangers. Mais à l'intérieur de cette communauté, les us et coutumes de l'Arabie préislamite, influencés dans une mesure plus ou moins accentuée par la nouvelle prédication, sont restés en vigueur. Le système de justice privée et de compositions volontaires ou forcées, continue à régir la matière de l'homicide et des lésions corporelles. Il n'en pouvait d'ailleurs pas être autrement, puisque le Livre saint de la nouvelle religion consacrait formellement cet état de choses. Ce serait mal comprendre la mentalité des successeurs immédiats du Prophète, représentants et défenseurs attitrés et encore ardents de ses enseignements, que de leur attribuer des intentions réformatrices, une activité législative tendant à abroger ou mettre en échec un état de choses général; sanctionné par le Coran.

Aussi bien à une époque même postérieure aux premiers califes, les victimes de sévices et de blessures cherchent à se faire justice à elles-mêmes, poursuivent leur agresseur, sans en référer à une autorité quelconque ; — la tribu, dont le droit primitif, mais toujours maintenu, d'asile, est violé, réagit contre l'auteur de la violation et exerce sur lui des représailles, toujours suivant les modes de la justice privée ; — des tiers interviennent pour régler les incidents de ce genre par le paiement de compositions[1].

C'est par le procédé de l'arbitrage que les Arabes devenus musulmans continuent à régler leurs différends. Le poète Aḫṭal, qui a vécu sous les Umayyades, est choisi, quoique taġlibite et chrétien, comme arbitre, par les bakrites musulmans, en désaccord avec sa propre tribu[2]. Au témoignage d'Ibn Ḳutayba, un litige sur la propriété d'un immeuble, les parties conviennent de le soumettre à Amr ibn Al-'Aṣ, lequel, rappelant aux plaideurs les enseignements du Prophète, les convie à transiger, en faisant ressortir les difficultés de la mission du *ḥakam*[3].

(1) *Aġāni*, nouv. éd., III, 58 s. : Ibn Hišām, 728. (2) Lammens, *Berceau*, 275 ; *Aġāni*, VII, 179. (3) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 92.

La Tradition continue, après l'Islam, à vanter les tribus qui fournissent les *ḥakam*. C'est ainsi que, pour glorifier le clan d'où est sorti le Prophète, les poètes invitent les personnes qui ont des litiges entre elles à les soumettre aux arbitres de Ḳurayš, « gens de la Prophétie et du Livre révélé[1] ». Il n'est pas question de juges, de ḳāḍi, nommés par le calife, il n'est même pas question du calife lui-même statuant comme juge, à proprement parler. Et, même, la Tradition rapporte que 'Umar, déjà calife, ayant eu un différend avec une personne qui lui avait vendu un jugement, convient avec son vendeur, de soumettre le litige à un ḥakam[2]. Ibn Ḳutayba rapporte encore que, deux personnes ayant un litige entre elles, c'est à un *arbitre* qu'elles eurent recours[3]. De même, dans tous les milieux empreints d'arabisme, la coutume se maintient, des conflits de prééminence entre poètes, et de leur solution par le moyen de l'arbitrage[4]. On peut remarquer aussi à cet égard que la Tradition elle-même, qui rapporte volontiers des cas de nomination de juges par les successseurs du Prophète pour les provinces conquises, ne signale aucun cas de ce genre pour le milieu arabe proprement dit. Or, si, réellement, les califes de l'Islam primitif avaient eux-mêmes institué le système judiciaire de la nouvelle communauté islamique, si, comme le veut la Tradition, ce système avait été une création de la société arabe transformée par la nouvelle doctrine, il aurait été naturel et nécessaire que les nominations de juges se fissent avant tout pour les besoins de cette société plutôt que pour ceux de milieux provinciaux. Cette constatation nous paraît d'une importance fondamentale ; et elle doit contribuer à nous aider dans la recherche de la solution que nous proposerons au problème des origines.

De tous ces éléments, il apparaît que le système préislamite de l'arbitrage était resté en vigueur bien après la mort du Prophète et sous les califes ses successeurs.

II. — Quant à la tradition suivant laquelle les califes « rāšidūn » auraient institué le nouveau système judiciaire, les faits les plus considérables et, seuls, dignes d'intérêt qui sont invoqués en ce sens sont : les nominations des ḳāḍi Šurayḥ et Abū-Mūsa Al-Aš'ari et l'épître de 'Umar sur la magistrature judiciaire.

(1) *Naḳā'id Ǧarīr*, 224 :

فارجع الى حكمى قريش انهم اهل النبوة والكتاب المنزل

(2) Ibn Sa'd, VI, 91. (3) Ibn Ḳutayba, éd. ég., 58. (4) *Aġāni*, I, 173.

a. — *Le cas Šurayḥ.* — Šurayḥ ibn Al-Ḥāriṯ Al-Kindi est un des ḳāḍi-types, idéals, de la Tradition musulmane. Il aurait été nommé par le calife ʿUmar, ḳāḍi de la ville de Kūfa, y aurait été confirmé en cette qualité par le calife ʿAli ibn Abi-Ṭālib, et aurait exercé ces fonctions « pendant soixante quinze ans, moins les trois années durant lesquelles éclata la rébellion de Ibn Al-Zubayr[1] ». ʿUmar aurait fixé les traitements mensuels de ce magistrat à cent dirhem ; ʿAli les aurait portés à cinq cents[2]. Les procès que Šurayḥ aurait jugés sont innombrables, et diverses les règles de procédure qu'il aurait instituées.

Mais la Tradition n'est pas entièrement d'accord sur l'autorité qui aurait nommé Šurayḥ. « Cette nomination ( par ʿUmar ), a été « contestée par plusieurs savants musulmans, entre autres par Sāfiʿi ; « Šurayḥ, rectifiait ce dernier, fut le ḳāḍi, non de ʿUmar mais de Zi- « yād[3] ». La Tradition n'est pas d'accord non plus sur la circonscription oú Šurayḥ aurait exercé ses fonctions : tandis que les uns le représentent comme ḳāḍi de Kūfa, d'autres le représentent comme ḳāḍi de Baṣra[4]. D'ailleurs, cette carrière qui se serait poursuivie pendant soixante-quinze ans, dans une même ville, est difficilement admissible, étant donné qu'on ne rencontre dans toutes les annales de l'histoire judiciaire musulmane aucun cas analogue, surtout, si l'on considère que les nominations aux postes de judicature dépendaient presque toujours des événements politiques ; que les califes et gouverneurs ne laissaient pas longtemps en place les ḳāḍi ; que, par exemple, pendant cette longue période de soixante-quinze ans, de la carrière de Šurayḥ, pas moins de treize ḳāḍi s'étaient succédé au Caire[5] ; qu'à Kūfa même, au cours d'un laps de temps encore inférieur à celui de la prétendue carrière de Šurayḥ, soit, entre les années 17/638 et 54/673. dix gouverneurs se sont succédé[6]. Par ailleurs, la Tradition place entre les années 76/695 et 80/699 la date de la mort de Šurayḥ. Or, même si l'on retenait l'hypothèse de la nomination de ce personnage par ʿUmar, en l'année même de la fondation de la ville de Kūfa, entre les années 17/638 et 19/640, Šurayḥ n'aurait exercé ses fonctions que soixante-trois ans. Mais, au surplus, suivant la même Tradition, la carrière de Šurayḥ aurait pris fin, non point par son décès, mais par une démission volontaire[7]. Autre contradiction en-

(1) Ḫallikān, III, 113. (2) D'après une tradition rappelée par Buḫāri, Šurayḥ ne touchait pas un traitement fixe, mais « prenait un salaire à chaque décision qu'il rendait » ( Buḫāri, IV, 506 ) (3) Lammens, *Le siècle des Ommayyades*, 78. (4) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 220. (5) *Wulāt*, 300 s. (6) Cf., E. I. V° *Kūfa*. (7) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 92.

core : un deuxième personnage, Al-Ša'bi, aurait été, suivant la Tradition, ḳāḍi de Kūfa, sous le règne du calife umayyade, 'Abd Al-Mālik, soit, entre les années 66/685 et 75/684[1], et même, avant l'expiration de ce règne, Al-Ša'bi aurait été remplacé par un autre ḳāḍi 'Abd Al-Mālik ibn 'Umayr[2], et ce même Al-Ša'bi n'aurait pas succédé immédiatement à Šurayḥ, mais aurait été précédé, au poste de ḳāḍi de Kūfa, par Abū-Burda Al-Aš'ari[3]. On ne voit ainsi donc pas comment la carrière de Šurayḥ aurait duré jusque l'an 89/707. Enfin, d'après la Tradition encore, il y aurait eu sous le règne de 'Umar, un autre ḳāḍi de Kūfa, Abū-Ḳurra[4].

Par ailleurs, une simple lecture des traditions qui rapportent les cas d'espèce sur lesquels Šurayḥ aurait éte appelé à statuer suffit à nous édifier sur la valeur de ces traditions et sur le caractère de la fonction et de la compétence qu'on attribue à ce personnage. Il s'agit tantôt de plaideurs qui se présentent devant lui en l'absence de leurs adversaires, et Šurayḥ rend son jugement, sur la foi des seules déclarations des comparants ; tantôt, de cas saugrenus, où un plaideur réclame le petit d'une chatte et où Šurayḥ rend le jugement suivant : « Prenez le petit chez sa mère : si elle reste calme et voit venir son « lait, il serait à celui chez qui la chatte a mis bas ; si, au contraire, « elle se redresse et s'effarouche, le petit ne serait pas à elle ». Dans d'autres cas on vient demander l'avis de Šurayḥ sur une brebis qui mange des insectes ; et Šurayh déclare que c'est une bonne brebis[5].

Tout au plus pourrait-on admettre que Šurayḥ a été un de ces juges-arbitres, de ces *ḥakam* célèbres parmi les tribus arabes, et dont la renommée a été d'autant plus grande qu'il s'est trouvé contemporain de l'invasion arabo-islamique, et a dû exercer ses fonctions soit parmi des bédouins récemment émigrés dans la région de Kūfa, soit dans ces tribus arabes depuis longtemps installées dans cette région[6].

(1) *'Iḳd*, éd. ég. 1918, I, 48. (2) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, II, 53, n. 3. (3) Ibn Ḳutayba, éd. ég., 57. (4) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 92. (5) Ibn Ḳutayba, éd. ég., 57. (6) Le cas de Šurayh n'est pas, certes, unique ; la tradition cite un certain nombre de ḳāḍi qui auraient été nommés par Mahomet et les califes « rāšidūn ». Mais d'autres textes de la même tradition contredisent ces renseignements. Ainsi d'après un texte rapporté par Mas'ūdi ( Tanbīh, 254 ), ni Mahomet, ni aucun des califes « rāšidūn » n'ont nommé des ḳāḍi. Cf. un autre texte dans le même sens, pour le calife 'Ali : Ṭabari, I, 2212, 10 ( Gaudefroy-Demombynes, *Notes sur l'histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, in *Revue des études islam.*, 1939, p. 112 ).

b. — *Abū Mūsa Al-Aš'ari.* — Abū Mūsa 'Abdallah ibn Ḳays Al-Aš'ari est avec Šurayḥ le ḳāḍi sur lequel la Tradition insiste le plus, quant aux origines de l'institution judiciaire musulmane, et sur le compte duquel elle rapporte le plus d'anecdotes. On ne cite pas l'un sans citer l'autre. Mais, certainement, au point de vue de la critique historique, le cas de Al-Aš'ari est plus simple que celui de Šurayḥ et sa solution plus aisée. C'est que sa personnalité et les circonstances de sa vie publique se dégagent beaucoup plus nettement de la légende ; et les renseignements que l'on possède sur lui sont beaucoup plus précis ; ils s'intègrent dans une série d'événements politiques des premières années de l'Islam et de l'organisation de la puissance arabe ; de telle sorte que l'on dispose de moyens de contrôle efficaces et rapidement concluants, de toutes les traditions qui se sont formées autour du nom de ce personnage.

Aš'ari aurait été nommé ḳāḍi de Baṣra par 'Umar ; et c'est à lui que ce calife aurait adressé sa fameuse épître sur la justice. Ce poste de Baṣra se serait maintenu dans la famille de Abū-Mūsa : son fils, Abū-Burda[1] et son petit fils, Bilāl, s'y seraient succédé après lui[2].

Or, la réalité historique est toute autre. D'après des documents certains, on peut affirmer que Aš'ari n'a pas été le personnage judiciaire que la Tradition représente. Ayant fait la guerre avec les envahisseurs arabes et s'étant distingué comme général, il fut nommé l'an 17/638, par 'Umar, gouverneur ( et non ḳāḍi ) de Baṣra, puis il fut transféré, en l'an 22/642, pour quelque temps, au gouvernement de la province de Kūfa, puis il revint de nouveau à Baṣra[3]. Révoqué par le calife 'Uṯmān[4], il s'engagea par la suite, au service de 'Ali. A la bataille de Ṣiffin, il fut délégué par son maître pour le représenter dans le fameux arbitrage qui devait départager 'Ali et Mu'āwiya.

Ce qui a dû sans doute contribuer dans une très large mesure à la formation de la légende au sujet de Aš'ari, c'est la prétendue épître que 'Umar lui aurait adressée, au sujet de l'administration de la justice. La Tradition a adopté cette déformation de la réalité historique d'autant plus aisément que, suivant les conceptions du droit

(1) Il aurait été ḳāḍi de Kūfa, d'après une autre tradition : Ibn Ḳutayba, éd. ég., 57.
(2) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, I, 238. C'est à propos de Bilāl qu'un poète aurait dit ce vers :

فانت يا ابن القاضيين قاضٍ معتزم على الطريق ماض

( Ǧāḥiẓ, *eod loc.* ). (3) Cf. *Encycl.* Islām, V° *Aš'ari*, Wāḳidi ; 132 ; Abū-Yūsof, 54.
(4) Wāḳidi, *eod loc.*

public musulman, on considérait toujours les gouverneurs de province comme les premiers titulaires du pouvoir judiciaire dans leur ressort, ainsi que nous aurons l'occasion de l'exposer plus loin.

c. — *L'épître de 'Umar.* — Nous avons déjà cité plus haut le texte de cette épître et nous avons dit comment la Tradition la représente comme la charte organique du système judiciaire musulman. Mais, comme pour tous les autres documents traditionnels, la doctrine musulmane ne s'est livrée sur ce texte à aucun travail critique, et elle en admet l'authenticité, sans la moindre discussion.

Comme l'a déjà fait remarquer Margoliouth[1], les auteurs chez qui on voit pour la première fois, rapportée, l'épître de 'Umar, sont Ǧāḥiẓ[2], Ibn 'Abd-Rabbihi et Ibn Ḳutayba[3]. Aucun de ces auteurs ou ceux dont ils font mention n'est antérieur à la fin du deuxième ou au début du troisième siècle de l'Hégire ( IXe et Xe siècle de l'ère chrétienne[4]). Dans tous les ouvrages (que nous avons pu consulter), de quelque nature qu'ils soient — annales historiques, compilations juridiques, recueils de traditions — qui sont antérieurs à cette époque, on ne trouve pas mention de ce texte. Si, à titre d'indication, on prend, parmi ces ouvrages quelques-uns des plus importants et qui ont eu à traiter, à divers titres, de la justice, on constate chez eux un silence total à cet égard. Mālik ibn Anas, le fondateur du rite malikite, qui a vécu au commencement du IIe siècle ( 97/715-179/795 ) ne cite nulle part, dans son ouvrage, « Muwatta' » — qui constitue pourtant un recueil de traditions, sentences, aphorismes, attribués au Prophète, à ses successeurs et aux personnages considérables de l'Islam primitif — cette épître de 'Umar. Il en est de même du recueil «Musnad» de l'Imām Ibn Ḥanbal, le chef de l'école ḥanbalite. Šāfi'i (+ 204/819) ne fait aucune mention du document. Et il en est de même, du traité de Zayd ibn 'Ali[5]. Fait très significatif : on trouve dans ce dernier ouvrage, le ḥadīṯ suivant : « La transaction est autorisée entre musulmans, sauf dans les cas où elle aurait pour effet de permettre un fait défendu ou de défendre un fait permis ». Or cette sentence, qui correspond exactement à un passage de l'épître, est attribuée ici à 'Ali.

(1) JRAS, 1910, 310. — Contre l'authenticité du document, *cf.* encore, notamment, Goldziher, *Zahiriten*, p. 10. (2) *Bayān*, II, 37. (3) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 87. Cf. *Encycl. Islām*, à ces trois noms. (5) Zayd ibn 'Ali, 188. ( Ouvrage du VIIIe siècle de l'ère chrétienne ).

D'autre part, les recueils de traditions, tels que ceux de Buḫāri et de Muslim, ne font aucune mention de l'épître de 'Umar. Pourtant ces ouvrages consacrent de longues rubriques à la magistrature, à la procédure judiciaire, au système de preuves, autant de questions qui sont traitées dans notre document, tout comme ils rapportent maintes traditions de 'Umar lui-même. D'après l'une d'elles, 'Umar aurait adressé une épître à l'un de ses gouverneurs, au sujet d'une pénalité encourue par un délinquant[1]. Des historiens, comme Ibn Sa'd ( + 230/844 ), lequel a pourtant amassé bien des traditions pour glorifier Šurayḥ entre autres, ne paraissent même pas soupçonner l'existence de l'épître en question.

Les premières traces que l'on commence à relever du document, se trouvent dans le *Kitāb al-ḫarāǧ*, de Abū-Yūsof, jurisconsulte de la deuxième moitié du IIe siècle de l'Hégire. ( + 189/804[2] ). Abū-Yūsof rapporte une tradition d'après laquelle 'Umar aurait écrit à Abū-Mūsa Al-Aš'ari ce qui suit : « Traite les plaideurs sur un pied d'égalité, dans ton prétoire, pour que le faible ne désespère pas de ta justice et que le puissant ne compte pas sur ton injustice[3] ». C'est une recommandation qui correspond à l'un des passages de l'épître. Dans une autre tradition encore rapportée par Abū-Yūsof, on trouve des passages dont le sens se rapproche de certaines prescriptions de l'épître : « Si deux plaideurs se présentent devant toi, exige des témoignages honorables et les serments décisoires; rapproche de toi le faible pour qu'il puisse s'exprimer en toute liberté et que son cœur se fortifie : prends soin de l'étranger, car si tu le retiens longtemps, il pourrait abandonner sa cause pour rentrer chez lui. Celui qui a une mauvaise cause ne va pas le front haut. Aie soin de recourir à la transaction si tu n'arrives pas à voir clair pour rendre la sentence[4] ». Mais, d'après Abū-Yūsof, ces recommandations auraient fait l'objet d'une épître adressée, non point à Aš'ari, mais à Abū-'Ubayda ibn Al-Ǧarrāḥ, gouverneur de Damas[5].

Il peut donc paraître très étrange que jusqu'à la fin du IIe siècle de l'Hégire, c'est-à-dire plus de cent cinquante ans après la mort du calife 'Umar, aucun texte ne fasse mention de l'épître que la Tradition ultérieure lui attribuera. Et pourtant, les auteurs chez qui nous

(1) Buḫāri, IV, 504. (2) Si tant est que le texte de cet ouvrage tel qu'il se présente actuellement, est indemne de toutes additions et interpolations. (3) Abū-Yūsof, 140. (4) Abū-Yūsof, *eod loc.* (5) D'après une autre tradition, cette épître aurait été adressée à Mu'āwiya ( Saraḫsi, XVI, 66 ).

avons constaté ce mutisme auraient eu le plus grand intérêt à faire état, dans leurs écrits relatifs au pouvoir judiciaire, de ce prétendu document.

Si nous examinons maintenant les sources dans lesquelles, à partir du 3e siècle H., se trouve rapportée l'épître, nous y releverons de nouvelles raisons pour en rejeter l'authenticité, Mubarrad, qui avec Ǧāḥiẓ est le premier à citer le document, n'indique aucune référence, ne mentionne aucun *isnād*, c. à d. le nom des personnes qui auraient transmis ce texte. Or, nous savons combien aux yeux de la critique externe, que seule exercent les traditionnistes, cet élément de l'*isnād* avait d'importance. D'autre part, les *isnād* de Ǧāḥiẓ, Ibn 'Abd Rabbihi et de Ibn Ḳutayba[1] différent considérablement les uns des autres. La plus ancienne des autorités citées comme *isnād* est Ḳatada, qui est loin d'avoir été le coutemporain de 'Umar, puisqu'il est né en l'an 60, soit quatorze ans après la mort 'Umar[2]. D'autre part, dans les divers passages de la littérature où l'on cite les noms de ces divers *muḥaddiṯ*, transmetteurs de traditions, on ne leur attribue par la transmission de l'épître de 'Umar[3], et nous avons vu qu'Abū-Yūsof lui-même, qui d'après Ǧāḥiẓ aurait transmis cette épître, ne cite de tout ce long document, qu'un bref passage.

Au surplus, l'authenticité de ce document n'a pas été admise par les anciens auteurs d'une façon unanime. Ainsi, Ibn Ḥazm, auteur célèbre du milieu du Ve s. H., conteste, en des termes formels et même violents, cette authenticité « C'est une épître mensongère, attribuée illégitimement à 'Umar », dit-il dans sa *Risāla fī uṣūl al-fiḳh*, et il donne les raisons de cette opinion, en rejetant la valeur des *isnād* sur lesquels se base le document[4].

Quant aux raisons de doute tirées du texte même du document, elles ne sont pas moins convaincantes. D'après les termes de l'épître, 'Umar indique les trois sources desquelles le juge doit déduire les règles de ses sentences : le Coran, la Sunna et le *ḳiyās*. Or, nous savons que le travail de jurisprudence qui a abouti à la constitution de ces trois éléments, et en particulier, du ḳiyās ou analogie, comme source de législation et d'interprétation, n'a commencé à s'élaborer que vers la moitié du IIe siècle de l'Hégire, avec les grands juristes précurseurs ou fondateurs des principaux rites ou *maḏhab*. On au-

(1) Margoliouth nous paraît donc fait erreur en affirmant que seul Ǧāḥiẓ, cite un *isnād* ( JRAS, *eod loc.* ). (2) Margoliouth, *op. cit.*, 308. (3) Cf., par exemple, Ǧāḥiz, *Bayān*, *eod loc.* (4) *Maǧmū' rasā'il*, 38.

rait étonné vivement les ḳāḍi du premier siècle si on les avait ainsi obligés à se référer à ces sources et, particulièrement, le *ḳiyās*. Kindi raconte que le gouverneur d'Egypte, Marwān, interpella un jour le ḳāḍi du Caire, 'Abis ibn Sa'īd ( 60/679 - 68/687 ) : « As-tu retenu le Coran », lui dit-il. « Non », répond le ḳāḍi. — « Connais-tu les règles « de partage de succession ? » — « Non », répond encore le ḳāḍi. — « Sais-tu écrire ? » — « Non » — « Mais, alors, comment rends-tu tes « jugements ? ». Le ḳāḍi répondit : « Je juge d'après ce que je sais et « je me renseigne au sujet de ce que j'ignore ». Marwān lui dit alors : « Va, tu es un bon juge[1] ». En effet, le *'ilm* musulman, c'est-à-dire, la connaissance du Coran et de la Sunna, ont bien tardé à se propager dans les pays conquis. Suivant le témoignage de Maḳrīzi, jusque vers la fin du premier siècle, en Egypte et dans les autres régions, on ignorait le *'ilm*, quant au « permis et au défendu » et quant aux questions de jurisprudence, et l'on suivait les us et coutumes locaux[2]. On peut donc affirmer, pour le moins, que, pendant tout le premier siècle, la science du ḥadīṯ, la Sunna, était encore à sa phase de toute première formation et ne constituait pas encore un corps de préceptes législatifs susceptible d'alimenter l'exercice du pouvoir judiciaire. Comment, dans ces conditions, 'Umar aurait-il pu penser présenter la Sunna comme une source certaine et suffisante de législation ? Un autre passage de l'épître implique encore un anachronisme certain. Il y est déclaré que le témoignage de tout musulman est admissible, sauf le témoignage d'un condamné à une peine légale, d'un coupable de faux témoignage, ou d'un parent ou client. Or, nous voyons, par les espèces de jurisprudence postérieures à 'Umar, que les juges ne tenaient aucun compte d'une prescription de ce genre. D'après Ibn Sa'd, le ḳāḍi Šurayh rejetait même le témoignage de l'associé du plaideur et de toute personne pouvant avoir un intérêt au litige[3]. D'autres passages montrent clairement que le juge appréciait souverainement l'admissibilité du témoignage, tel le cas de ce ḳāḍi du Caire, des premières années du IIe siècle, qui rejetait le témoignage des membres d'une tribu contre les membres d'une autre tribu ou de l'homme marié qui refuse d'accomplir ces devoirs conjugaux[4], — tel aussi le cas de cet autre magistrat qui rejetait arbitrairement le témoignage d'un puissant seigneur d'une vaste contrée et qui déclarait ouvertement être libre dans l'admission des témoins quels qu'ils soient[5]. De même, une règle se constitua de bonne heure en matière de témoignage, en vertu de laquelle le juge ne doit pas

(1) *Wulāt*, 312. (2) Maḳrīzi, IV, 143-144. (3) Ibn Sa'd, VI, 93.
(4) *Wulāt*, 345. (5) Mubarrad' 225 ; 'Iḳd I, 47, ( éd. ég. ).

se contenter, pour l'admission d'un témoin, de sa seule qualité de musulman, non récusable pour cause de culpabilité criminelle, ou bien de clientèle ou de parenté, mais doit, au préalable, procéder à une enquête sur l'honorabilité et la crédibilité du témoin ; et la Tradition attribue même à Šurayḥ encore l'institution de cette règle[1].

Un texte ajoute que jusque vers la moitié du IIe siècle H., le témoignage d'une personne était admis ou rejeté suivant ce qui était apparemment reconnu en bien ou en mal au sujet de son honorabilité, sans enquête particulière[2]. Quant à la règle : « La charge de la preuve incombe au demandeur, le serment au défendeur », on peut observer, d'une part, que la Tradition n'est pas d'accord sur son attribution exclusive à 'Umar ; qu'elle l'attribue aussi au Prophète lui-même[3] ; que, d'autre part, la pratique judiciaire était restée longtemps à ne pas faire une application très stricte de cette règle. Beaucoup de juges déféraient une sorte de serment supplétoire au demandeur qui ne pouvait citer qu'un seul témoin à l'appui de ses prétentions[4]. Mālik ibn Anas n'autorisait la délation de serment au défendeur que dans certains cas limités[5]. On ne peut supposer que sur des points aussi importants du régime des preuves, la pratique pût se permettre d'enfreindre d'une façon aussi nette des instructions quasi-sacrées, émanées d'une des plus grandes autorités de l'Islam.

Si l'on ajoute enfin une considération historique d'ordre général, qui a été déjà indiquée par tous les savants islamisants, — à savoir, que, dans les premières années de l'invasion arabe, toutes les préoccupations des chefs de l'Islam n'avaient pour objet que les opérations guerrières de la conquête, exclusion faite de toute idée d'organisation politique et, plus encore, judiciaire, — l'attribution à 'Umar d'une épître aussi détaillée, inspirée par des conceptions évoluées, sur la magistrature et la procédure judiciaire, apparaîtra comme manifestement anachronique.

---

(1) Sarahsi, XVI, 91. (2) *Wulāt*, 361. (3) Sarahsi, XVI, 112, 116 ; XVII, 28. (4) *Wulāt*, 345. (5) *Muwaṭṭa'*. II, 203.

## Section V. — Les origines du système judiciaire islamique

### §. Ier — Aperçu général sur l'organisation judiciaire des provinces byzantines et persanes avant l'invasion arabe

Nous avons vu par ce qui précède que la justice, telle qu'elle fonctionnait dans le milieu arabe au moment où l'Islam y a pris son essor conquérant, était encore au stade de la justice arbitrale.

Il y a lieu maintenant de rechercher comment s'est organisé par la suite le système judiciaire qui s'est instauré et s'est développé, avec des caractéristiques si particulières et originales, dans tous les pays du monde musulman. A cet-effet, il est nécessaire de jeter un coup d'œil sur l'organisation judiciaire telle qu'elle fonctionnait dans les provinces byzantines et les provinces persanes, avant l'invasion arabe.

I. — Dans ses grandes lignes, la législation de Justinien était encore en vigueur dans la première moitié du VIIe siècle, époque à laquelle s'est produite l'invasion des provinces byzantines de Syrie, d'Egypte et des autres contrées. D'après cette législation, le gouverneur cumulait en sa personne les fonctions de chef administratif et de juge de la province. Les attributions judiciaires avaient pris une telle extension que, déjà depuis une époque reculée, le gouverneur était appelé communément *judex provinciæ*, ou, tout simplement, *judex*[1]. Si l'on admet l'application à nos provinces, de la division du territoire en thèmes et l'organisation qui s'ensuivit, un des subordonnés immédiats du stratège, le protonotaire du thème, était préposé à l'administration civile, et il réunissait souvent, « avec le titre de juge du thème, les fonctions judiciaires à sa charge administrative[2] ».

Mais si le gouverneur était, en principe, le juge supérieur dans sa province, son pouvoir subissait une double limitation. D'une

(1) Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 167. (2) Diehl, *Etudes byzantines*, 120

part, l'institution du *consilium*, entrée depuis très longtemps dans la pratique, faisait que le juge, quoique possédant en propre le pouvoir de décision, s'entourait de conseillers, à titre consultatif. Le rôle de ces conseillers — spécialistes du droit, en face du gouverneur profane en matière juridique — prit une telle importance et une telle stabilité que leurs fonctions, de gratuites à l'origine, devinrent de bonne heure rémunérées[1]. D'autre part, la pratique de la délégation par le gouverneur de ses pouvoirs judiciaires avait pris aussi une très grande extension. Cette délégation était laissée à la libre discrétion du gouverneur[2]. C'est ainsi que l'institution se forma, d'une classe de magistrats auxiliaires titulaires d'une délégation permanente pour l'administration de la justice[3].

Au-dessous de la juridiction du gouverneur ou de ses délégués, fonctionnait la juridiction du *defensor civitatis*, qui fit l'objet d'une réforme de Justinien, dans l'importante Novelle XV. D'après cette réforme, le *defensor civitatis*, était compétent pour les *minores causæ* : au civil, jusqu'au taux de 300 sous d'or ; au criminel, pour les petits délits[4].

Concurremment à la compétence de l'autorité civile, en matière judiciaire, il faut citer la compétence des autorités ecclésiastiques. Cette compétence est d'autant plus importante qu'elle sera appelée, après l'invasion arabe et l'affermissement de l'empire islamique, à y jouer un rôle considérable. Les évêques ont commencé, dans le monde gréco-romain, par être de simples arbitres, tirant leur autorité du seul accord des parties. Puis ils devinrent les juges ordinaires de tous les cas où des clercs étaient intéressés. Enfin, ils acquirent une compétence concurrente et générale en toutes matières[5]. Ainsi, dès la fin du règne de Constantin, les évêques deviennent compétents pour juger toutes sortes d'affaires. Par suite de l'autorité toujours grandissante de l'Eglise, par suite aussi de l'immoralité profonde des tribunaux civils[6], les tribunaux ecclésiastiques acquirent un carac-

(1) Mommsen et Marquardt, *Droit pénal romain*, I, 161 ; Droit public, I, 362 ss. ; Ihereing, *Esprit du droit romain*, III, 100. (2) Lingenthal, *Geschichte des griechischromischen Rechts*, 363. Sur la notion de délégation, cf. Mommsen et Marquardt, *Droit public*, III, 280. (3) Mommsen et Marquardt, *Droit pénal*, I, 286 s. ; Collinet, *Procédure par libelle*, 64. (4) Chénon, *Le defensor civitatis*, 33 ss. (5) Les évêques tiennent des audiences publiques, devant l'église « afin que les gens lésés puissent arriver sans crainte devant eux » ( cf. Rouillard, *L'administration civile de l'Egypte byzantine*, 231 ). (6) Diehl. *Justinien*, 283 ; *L'Afrique byzantine*, 113 ; Rouillard, *op. cit.*, 218 ; Vasiliev, *Histoire de l'Empire byzantin*, I, 208.

tère de suprématie. C'est ainsi qu'il fut admis que les décisions des évêques étaient sans appel ; que toute affaire civile pendante devant le juge civil pouvait être portée à un tribunal épiscopal à n'importe quel moment du procès et par la seule volonté de l'une des parties litigantes ; que les juges civils étaient tenus de ratifier les jugements épiscopaux[1].

La procédure en vigueur devant les tribunaux byzantins était une procédure très évoluée. Elle était nettement une procédure écrite. Auprès du gouverneur, fonctionnait un bureau spécial, sorte de greffe, le *scrinium a libellis*, qui recevait les requêtes et plaintes et leur donnait leur destination légale. Le procès ne s'ouvrait qu'après un échange de demandes et défenses, et la prépondérance de la preuve par écrit était une des caractéristiques du droit des preuves[2]. Devant le juge, les parties étaient ordinairement assistées d'avocats.

II. — Le système judiciaire de l'ancienne Perse est très peu connu, étant donné le manque de documents et le petit nombre de travaux historiques sur l'organisation des pouvoirs publics de ce pays, Il n'en reste pas moins que l'on peut dégager des quelques textes que nous avons pu consulter, certains éléments, assez sûrs pour nous donner une idée d'ensemble suffisamment nette.

La législation persane est une législation essentiellement religieuse. Toute la vie de l'individu et de la société est réglée par le livre saint de la Perse : l'Avesta ; et le droit, la morale et la religion y sont intimement confondus. Les titulaires désignés pour l'interprétation et l'application de la loi sont les membres du clergé, les prêtres ou *hirbed*. Au témoignage de l'historien arabe, Mas'ūdi, les *hirbed* étaient « ceux qui avaient la charge de la religion dans tout le royaume et les juges qui exerçaient la justice[3] ». Au-dessus des *hirbed*, se trouvait placé le *mobedan-mobed*, sorte de grand-prêtre ou pontife supérieur du royaume. Les attributions de ce personnage sont multiples[4]. Les textes le représentent aussi comme le juge supérieur, le chef des *hirbed*, le juge des juges ( قاضي القضاة[5] ). Il était même le juge du roi, en cas de plainte d'un particulier contre lui[6].

Au-dessus du *mobedan-mobed*, le roi se réservait l'exercice d'un

(1) Vasiliev, *op. cit.*, I, 65. (2) Collinet, *op. cit.*, 345. (3) Mas'ūdi, II, 156 ; *Le livre de l'avertissement*, trad. de Vaux, 147, (4) *Šahnāmeh*, I, Introd., 77. (5) Mas'ūdi, *eod loc.* ; Ǧāḥiẓ, *Kitāb al-tāǧ*, 15 ; *Šahnāmeh*, II, 123 ; cf. Noldeke, *Geschichte der Perser und Araber*, 451. (6) V. *infra*, 86.

droit suprême de justice. C'était une coutume chez les rois (sassanides), rapporte Ǧāḥiẓ, de tenir des audiences publiques les jours de fête du *Mahraǧān* et du *Nayrūz*. Personne, petit ou grand, ignorant ou noble, ne pouvait alors être empêché de se présenter devant le roi. Et, dans ces circonstances, il ordonnait que la tenue de l'audience fût annoncée publiquement plusieurs jours à l'avance. Il ordonnait au *mobed* de charger des hommes de confiance d'assurer la liberté d'accès du public auprès de lui. Alors, on autorisait les plaignants à se présenter et l'on prenait leurs requêtes aux fins d'examen. On commençait par l'examen des plaintes dirigées contre le roi lui-même... et, dans ce cas, le roi se levait et s'asseyait avec son adversaire, et le procès était jugé par le grand *mobed*... Ensuite, le roi procédait à l'examen des autres plaintes...[1]. Pour assurer à cette justice suprême une plus grande stabilité et en faire une institution régulière, le roi *Ḫusrow Parvis*, au témoignage de l'historien Ṭabari, construisit, en annexe à son palais, deux pavillons dans lesquels, en plus des jours de fête ci-dessus mentionnés, il siégeait un jour par mois pour rendre la justice. L'accès de ces pavillons était ouvert à tous les plaideurs. De plus, les rois allaient souvent eux-mêmes au devant des justiciables, tenant audience dans les places publiques, au cours de leurs voyages à travers leur royaume[2]. Outre cet exercice direct de la justice, le roi devait toujours contrôler la conduite des juges pour maintenir la discipline et assurer l'administration équitable de la justice[3]. Ce pouvoir du roi impliquait naturellement que tout plaideur non satisfait d'un jugement avait la faculté d'en appeler devant lui.

Le caractère religieux de la législation persane entraînait comme conséquence que les adeptes des religions autres que le Mazdéisme ne pouvaient être justiciables des prêtres de cette religion. C'est pourquoi, les chrétiens et les juifs étaient renvoyés devant leurs prêtres respectifs, pour le jugement de leurs procès[4].

## §. 2. — La constitution du système judiciaire musulman

Les origines du système judiciaire et de l'institution kadiale doivent être recherchées, à notre sens, non point dans le milieu arabe

(1) Ǧāḥiẓ, *Kitāb al-tāǧ*, 159 s. (2) Taghi Nasr, 225; *Šahnāmeh*, II, 244. (3) Mas'ūdi, II, 206. (4) Labourt, *Le christianisme dans l'Empire perse*, 176, 343; *Talmūd*, trad. Rabbinowicz, II, *Introd.*, 29 ss.

et l'œuvre coranique, mais dans la société arabo-islamique, qui s'est constituée dans les pays conquis où devait se développer le nouvel empire, en connexion avec les institutions judiciaires précédemment en vigueur dans ces pays.

Pour arriver à la solution qui nous paraît être la seule acceptable historiquement, il y a lieu de faire une distinction bien nette entre les milieux non-musulmans, subjugués par les conquérants arabes, et, d'autre part, les agglomérations arabo-musulmanes qui se sont formées dans les territoires conquis.

I. -- Quelle a été l'œuvre entreprise par les conquérants au lendemain de l'invasion, relativement aux institutions publiques en vigueur dans les provinces conquises ? Heureusement, sur ce point, la science historique est arrivée déjà à des conclusions définitives, qui se ramènent toutes à cette proposition : les conquérants ont laissé subsister tous les organismes d'administration et de gouvernement antérieurs. Comme le remarque Lammens, « l'Arabe règne sur la « partie orientale de l'ancien monde, mais ne l'administre point[1] ». « Les Arabes, dit par ailleurs le nouveau *Précis historique de l'E-* « *gypte*, bénéficièrent en Egypte comme en Syrie d'un ordre adminis- « tratif qu'ils eurent l'intelligence de maintenir, sans songer à gou- « verner par des procédés spéciaux[2] ». « Celui qui connaît les papy- « rus, ajoute H. Becker, et qui place, sans prévention, les enseigne- « ments de l'histoire entre la Traditition juridique tendancieuse et les « renseignements classiques, sait que ce n'est pas la sagesse des pre- «miers califes, mais la bureaucratie byzantine et perse, qui a créé l'admi- « nistration arabe[3] ». « Les Arabes, dit encore Zaki Ḥasan, n'ont pas « changé grand chose à l'organisation administrative héritée de « l'époque byzantine[4] ».

Mais ce n'est pas seulement les organismes et les procédés administratifs et gouvernementaux qui sont maintenus, mais aussi le personnel même chrétien et non-musulman en général. « L'inexpérience « des Arabes ne pouvait se passer de leur concours (des chrétiens). Il « fallait leur abandonner les services administratifs, dont seuls ils « connaissaient le mécanisme compliqué. Dans le bureau ou *diwān* on « continuera à employer la langue grecque, en usage sous les Byzantins[5] ».

(1) Lammens. *Un Gouverneur Omayyade d'Egypte*, 104. (2) *Précis hist. d'Egypte*, II, 157, (3) Becker, rapp. par Jouguet, *Papyri und Altertumswissenschaft*, 1934, 87. (4) Zaki Ḥasan, *Al-fann al-islāmi*, I, *Introduction*. (5) Lammens, *Précis hist.*, I, 70.

Mu'āwiya confie le *diwān* des impôts et de la comptabilité de l'armée, c'est-à-dire toute l'administration arabe, à l'ancien fonctionnaire byzantin, Ibn Sarǧūn[1]. Au témoignage de l'historien musulman, Ibn Al-Aṯīr, « Ibn Sarǧūn le Grec devient le secrétaire et le bras droit de « Mu'āwiya ; et le chef de sa garde est encore un *mawla* ( un homme « d'origine non arabe ) appelé Muḫtār[2] ». Et c'est bien les auteurs et historiens musulmans anciens qui reconnaissaient cette vérité historique. Sans analyser les longs développements que consacre Ibn Ḫaldūn, dans ses Prolégomènes, pour démontrer l'incapacité des Arabes à organiser et administrer un pays, nous rappellerons ce passage de Ǧāḥiẓ, relatif aux rois sassanides. « C'est à eux, dit-il, que « nous avons emprunté les règles de gouvernement et du royaume, « d'organisation des affaires privées et publiques, l'administration des « sujets etc...[3] ». « Les fonctionnaires du *ḫarāǧ* ( finances ), prescri- « vait le fameux gouverneur Ziyād ibn Abīhi, doivent être pris parmi « les chefs des *A'āǧem* ( peuples conquis ) qui s'entendent en cette « matière[4] ».

Ce maintien de l'organisation antérieure resssort encore clairement des divers actes d'*amān* ou paix que les conquérants accordaient aux villes et régions conquises. La seule condition qu'imposaient les conquérants aux vaincus consistait simplement dans le juste paiement du tribut personnel ( *ǧizya* ) et foncier ( *ḫarāǧ* ), sans allusion aucune aux institutions régissant les vaincus. Les fonctionnaires que les conquérants préposaient aux régions envahies étaient des agents ayant pour seule mission de recueillir le produit de ces impôts et l'exercice de l'autorité supérieure[5]. Les gouverneurs que le pouvoir central déléguait aux diverses provinces étaient les préposés, d'après le titre même qui leur était conféré, « à la direction de la prière et au *ḫarāǧ*[6] ».

Un élément qui doit aussi entrer en ligne de compte dans ce désintéressement des nouveaux maîtres, ce sont les divisions et les guerres intestines qui éclatèrent, au sein de la nouvelle communauté musulmane, dès ses origines, et qui détournèrent l'attention des conquérants de l'administration intérieure du pays.

(1) Lammens, *op. cit.*, *eod loc.* (4) Ibn Al-Aṯīr, I, 2 وكان كاتبه وصاحب امره سرجون الرومي وعلى حرسه رجل من الموالي يقال له مختار ; Ya'ḳūbi, II, 215, 276. (3) Gāhiẓ, *Kitāb al-tāǧ*, 23. (4) Ya'ḳūbi, II, 279. (5) Wāḳidi, II, 116. (6) Expression courante : ارسله على صلاتها وخراجها ; *adde*, Abū-Yūsof, 137.

Or, si telle a été le cas pour les institutions administratives, quelle raison y aurait-il, de penser qu'il en put être autrement des institutions judiciaires ?

Aussi bien, les documents historiques contribuent à prouver que le même traitement fut réservé à ces institutions. On ne pouvait, certes, pas concevoir que le système primitif de la justice arbitrale, tel que nous l'avons vu fonctionner dans le milieu arabe préislamite et dans le milieu arabe de l'Islam des premières années, allait prévaloir sur les institutions judiciaires évoluées des provinces perses et byzantines. Tout comme pour les autres branches de l'administration, les actes de paix ou de « *ḏimma* » ne contiennent aucune clause imposant une nouvelle organisation judiciaire aux populations soumises, mais au contraire, ils confirment implicitement ces populations dans le droit de continuer à vivre selon leurs lois personnels propres et conserver leurs tribunaux. Une preuve formelle à cet égard résulte de la survivance parmi ces populations du Coutumier syro-romain.

Quoi qu'il en soit des conclusions auxquelles est arrivée la critique historique quant à ce Coutumier et les recueils de textes qui en sont dérivés, c'est un fait, que les populations non-musulmanes, et particulièrement les communautés chrétiennes, étaient restées, sous la domination musulmane, régies par leurs lois propres en beaucoup de matières de droit privé, sinon en toutes, à telle enseigne que, jusqu'au 19e s., le système successoral applicable par les juridictions desdites communautés à leurs ressortissants était, en grande partie, le système même du droit byzantin, et que l'ensemble des dispositions contenues dans les recueils en usage dans ces communautés étaient empruntées à ce droit ( cf. *Al-ḳaḍā' al-mārūni wa-'alāḳatuhu bil-šar' al-rumāni,* par Ziyādé, Ǧūnieh, Liban, 1919 ). Ce ne fut que par la voie de la coutume et par l'effet de circonstances sociales et politiques sur lesquelles il n'y a pas lieu d'insister, que le droit musulman pénétra dans la pratique des communautés chrétiennes, à telle enseigne que, par exemple, des patriarches de la communauté maronite, au début du 19e siècle, émus par cette situation, durent en référer à Rome, pour savoir s'ils devaient donner leur approbation à une telle pratique. ( *Ibid*, 62, 156 ).

Si donc au Ve siècle de l'Hégire, des recueils de ce genre continuaient à recevoir application, à plus forte raison doit-on admettre que dans les siècles antérieurs, après la conquête, ces recueils constituaient les codes qui régissaient les populations chrétiennes. Or,

que contiennent ces recueils et notamment le *Kitāb al-huda* ? Y sont rapportées « les lois des empereurs Constantin, Théodose et Léon », et, à côté des dispositions relatives à l'exercice de la religion et du culte, on trouve des dispositions régissant la matière des transactions civiles, et aussi des règles concernant l'organisation judiciaire. Dans divers textes, ce recueil parle du juge, traduit en arabe par le même terme qui sert à désigner le juge musulman : *ḳāḍi*. Plus spécialement un texte porte la disposition suivante : « O peuple chrétien, si un ju- « ge vous condamne soumettez-vous à ce qu'il vous dit et retenez ce « que vous entendez de sa parole, car sa parole est la parole de vé- « rité, non la sienne... » Dans un autre texte, le recueil déclare : « O peuple chrétien, *quiconque de vous* se voit confier une judicature, « qu'il juge en justice, ne craigne aucun reproche et soit impartial, « car ceux qui jugent en justice et équité, Dieu les élèvera à sa droite, le jour de la Résurrection... ; ceux, au contraire, qui suivent « leur passion et jugent injustement... seront précipités dans la gé- « henne, etc... » (p. 194)[1]. De ce dernier texte surtout il ressort manifestement que l'autorité judiciaire compétente, pour les litiges entre chrétiens, était un juge pris parmi les chrétiens.

Des documents d'un autre ordre, tirés des auteurs et des juristes musulmans de l'époque classique nous confirment encore dans cette opinion. *Māwardi* nous apprend que la pratique est constante, suivant laquelle les gouverneurs désignaient des ḳāḍi non-musulmans (*ḏimmi*) pour connaître des procès entre leurs coréligionnaires, et l'auteur ajoute que l'opinion de Abū-Ḥanīfa est que la nomination du non-musulman comme juge parmi les gens de sa religion est valable[2].

D'après Saraḫsi, le prétoire du ḳāḍi des musulmans est interdit aux gens de la « *ḏimma* », c'est-à-dire aux non-musulmans[3], d'où l'on doit inférer que les « gens de la *ḏimma* » devaient nécessairement avoir leurs juges particuliers. D'après l'Imām Šāfi'i, le ḳāḍi (musul-

(1) Le ḳāḍi » authentifie les testaments (394) ; il autorise un tuteur (397) ; il exerce la justice répressive (400) ; et d'autres dispositions relatives à la procédure judiciaire : 377, 400, 401. (2) Māwardi, 62. (3) Saraḫsi, XVI, 98 مجلس قاضي المسلمين يحضره المسلمون دون اهل الذمة. M. Schacht (*Orientalia*, 1940, 152) a critiqué cette interprétation du texte de Saraḫsi, en disant que ce texte « loin de supposer que la population de la campagne comme non-musulmane, mentionne positivement l'existence des « ḳāḍi de campagnes musulmans... ». Mais je ne vois pas en quoi le fait de l'existence de tels ḳaḍi musulmans contredit la règle que le prétoire du juge musulman n'était pas, en principe, ouvert aux non-musulmans.

man ) n'a pas compétence pour connaître des procès entre les « gens du Livre[1] ». Enfin, d'après la doctrine de l'Ecole malikite, le ḳāḍi ( musulman ) ne peut connaître d'un procès entre *ḏimmi* qu'en cas d'accord entre les parties[2]. Dans un autre passage, à propos de l'exécution par le ḳāḍi musulman de la sentence du juge non-musulman l'auteur parle du « *ḥākim des ḏimmi* », du juge particulier aux non-musulmans[3].

La terminologie juridique est, à cet égard, très significative. Le ḳāḍi dont parlent les traités, c'est le ḳāḍi spécial aux musulmans — *ḳāḍi al-muslimīn* ou *ḳāḍi al-ǧamā'a*[4] ( ḳāḍi de la communauté des musulmans ) — exclusion faite des justiciables d'autres religions. Sans doute, on trouve quelques textes anciens qui nous représentent les ḳāḍi musulmans, jugeant les litiges entre chrétiens[5]. Mais ceci peut s'expliquer en ce sens que les non-musulmans pouvaient recourir parfois, en vertu d'accords entre eux, au ḳāḍi musulman, qui prenait, dans ce cas, quelque peu figure d'arbitre.

Nous devons encore citer sur ce point une règle assez curieuse qui a survécu dans les traités de jurisprudence et qui, à notre sens, ne peut s'expliquer qu'historiquement, par cette considération que les non-musulmans, non justiciables du juge musulman, avaient conservé leurs juridictions particulières. D'après cette règle, le ḳāḍi c'est « le juge d'une ville où se trouvent un *minbar* et une *ǧamā'a*[6] ». Là où il n'y a pas de mosquée, où il n'y a pas de *ǧamā'a*, dans les agglomérations encore composés uniquement de non-musulmans, il ne peut y avoir, par conséquent, de « ḳāḍi ». On doit en conclure que les membres des agglomérations non-musulmanes devaient nécessairement avoir, pour le règlement de leurs conflits, des juges propres à eux.

C'est dans ce sens et cette mesure seulement qu'on peut retenir les traditions qui rapportent la désignation de ḳāḍi par les premiers califes, — ḳadi-ḥakam ( cf. *supra*, p. 72 et s. ) dont le statut devait se fondre dans celui des magistrats proprement dits, tel que formé

(1) Šāfi'i, VII, 38 s. Cette incompétence de principe du juge musulman quant aux non-musulmans n'exclut pas sa compétence dans le cas exceptionnel d'accord en ce sens, de tels plaideurs ; — c'est ce qui explique que Šāfi'i donne des règles pour le cas où le ḳāḍi connaîtrait de procès entre non-musulmans; c'est la seule interprétation qui permet de concilier entre la règle de principe énoncée par Šāfi'i et ses développements sur la procédure qu'il indique quant aux procès des non-musulmans. (Cf. Schacht, *eod loc.*).
(2) Ibn Farḥūn, I, 68. (3) Ibn Farḥūn, I, 93. (4) Cf. *infra*.
(5) *Wulāt*, 351, 391. (6) Saraḫsi, *eod. loc.*

sur la base des précédents byzantins. On doit ajouter, dans le même ordre d'idées, que le caractère religieux que la juridiction kadiale prit de bonne heure en Islam ne contribue pas à faire croire que les adeptes des autres religions pouvaient être justiciables, ordinairement, de cette juridiction.

Si l'on considère par ailleurs que la conversion des populations converties à la religion des conquérants ne s'est pas opérée d'un seul coup ; qu'il a fallu pour cela plusieurs siècles, on admettra qu'au lendemain de la conquête et pendant très longtemps, les juridictions propres à ces populations ont continué à exister et à fonctionner.

La même conclusion s'impose encore si l'on se reporte aux textes et traditions des premières années de la conquête et du premier siècle de l'Hégire. Dans le fatras d'anecdotes et traditions que rapporte Ibn Sa'd, relativement au fameux Šurayḥ, il s'en trouve une qui est, au point de vue qui nous intéresse, extrêmement révélatrice. Sur ce point encore, il importe peu que cette tradition soit authentique ou apocryphe, car, même dans ce dernier cas, elle n'en constituerait pas moins la preuve de l'état d'esprit aux premiers temps de l'Islam quant à l'étendue de la compétence respective des juridictions anciennes et des ḳāḍi musulmans. Le texte de Ibn Sa'd est ainsi conçu, après la citation de l'isnād : « Lorsque Šurayḥ se trouvait sur un « territoire de *ḫarāǧ*, il n'y exerçait pas la justice[1] ». On entendait par « terre de *ḫarāǧ* » tous les territoires conquis et qui n'avaient pas fait l'objet de concessions aux conquérants. « Est terre de ḫarāǧ, « dit Abū-Yūsof, tous les territoires étrangers conquis par l'Imām qui « les a laissés en la possession de leurs habitants. Si l'Imām partage « la terre entre ceux qui l'ont conquise, elle devient « terre de *'ušr*[2] ». Or, les terres qui purent faire l'objet de concessions aux soldats des troupes d'invasion et à leur suite ne constituèrent qu'une très faible partie des territoires sur lesquels l'Islam étendit sa domination[3]. Sur le reste de ces territoires — les terres de *ḫarāǧ*, habités par les populations autochtones —, il semble ressortir de la tradition précitée que le juge musulman n'avait acquis aucune compétence.

Enfin, un dernier argument formel à l'appui de notre opinion résulte de deux papyrus arabes d'Egypte, de la fin du premier siècle de l'Hégire[4]. Le premier papyrus contient une lettre du gouverneur

(1) Ibn Sa'd, VI, 93. (2) Abū-Yūsof, *op. cit.*, 82. (3) Sur le nombre des Arabes qui ont pu s'installer en Syrie, cf. Lammens, *Précis*, 7. (4) Becker, *Papyri*, Nos X et XI, 92 et 94.

de l'Egypte, à cette époque, Ḳurra ibn Šarīk, au nommé Zakaryya « chef de Ašmūn la Haute » qui était le *ṣāḥib al-kūra*, c'est-à-dire, le chef civil de cette région. Dans cette lettre, le gouverneur fait savoir à son correspondant qu'un certain Yuḥannes, fils de Šanūda, est venu se plaindre auprès de lui qu'ayant une créance de dix-huit dinars, il n'arrivait pas à se faire payer cette somme par son débiteur ; en conséquence, le gouverneur prescrit au « chef de Ašmūn la Haute », dont relevaient les deux intéressés, de les convoquer devant lui et, après avoir entendu la preuve que pourrait faire valoir le demandeur, de condamner, le cas échéant, le débiteur au paiement de la somme réclamée, et de poursuivre l'exécution de la sentence en faisant remettre l'argent à son ayant droit. Cette lettre est datée du mois de Ǧumāda premier, année 91/709. Le second document est analogue au premier. Il s'agit encore d'une contestation entre créancier et débiteur ; le papyrus cependant ne mentionne pas le nom et la qualité du destinataire des instructions que renferme le document.

Il ressort de ces deux textes que le juge, dans les provinces conquises, était resté celui-là même qui, sous l'autorité du gouverneur, exerçait la justice avant la conquête, c'est-à-dire le chef civil de la région ou de la ville, le *ṣāḥib al-kūra*, le terme de *ḳūra* n'étant que la transcription arabe du terme grec qui désignait la pagarchie de la domination byzantine[1].

Le développement historique ultérieur, ( actes d'investiture accordés par les rois de l'Islam aux chefs religieux des diverses communautés chrétiennes, par lesquels le droit de juridiction sur leurs ressortissants leur était accordé —, le maintien de la juridiction du chef religieux mazdéen sur les persans non convertis ), démontre, en raison du caractère personnel et non-territorial du droit musulman, qu'après la conquête arabe, le système judiciaire préexistant n'a pas été touché par les envahisseurs. A cet égard, il ne serait pas inutile de rappeler que, lorsque, au XV^e^ siècle de l'ère chrétienne, Mahomet le Conquérant fit son entrée à Constantinople, il conféra au Patriarcat grec le droit de juridiction le plus complet dans les matières litigieuses, civiles et pénales, sur les Grecs ; et que ce même droit fut octroyé aux prêtres, dans les provinces ; qu'il en fut de même pour les Arméniens et les Juifs[2]. Mahomet le Conquérant ne faisait de la sorte que suivre la pratique traditionnelle de l'Islam.

(1) Cf. *Précis hist. de l'Egypte*, H. II, 127. (2) Sidarous, *Hist. des Patriarcats*, 268.

II. — Le fait d'avoir laissé ainsi aux populations soumises leurs lois et leurs tribunaux ne résout pas la question de l'organisation judiciaire en ce qui concerne les conquérants eux-mêmes. Ceux-ci étaient venus s'installer avec leurs familles dans les pays conquis. Ils y constituèrent des agglomérations distinctes dont quelques-unes devinrent des villes, comme Kūfa, en Irak. Or, pour ces communautés, les problèmes de l'organisation publique, et particulièrement, de l'organisation judiciaire, devaient nécessairement se poser, étant donné surtout que, par l'effet du milieu nouveau dans lequel elles vivaient, des nouvelles circonstances sociales et politiques de la vie sédentaire et citadine auxquelles elles se soumettaient, elles devaient évoluer dans des conditions toutes différentes de celle qui les avaient régies en Arabie. Tout naturellement, au sein de ces agglomérations, le jeu des intérêts individuels, devenus multiples et complexes et de nature diffèrente de ceux que soulevait la vie de l'Arabie préislamite, devait produire des heurts et des conflits nombreux, pour le règlement desquels la justice arbitrale, telle que nous l'avons vu fonctionner, ne pouvait manifestement pas constituer le pouvoir juridictionnel adéquat. Une véritable vie en société, sous le signe de l'institution étatique, était inaugurée.

D'ailleurs, les prescriptions du Livre saint de l'Islam et les traditions auxquelles la doctrine a, par la suite, rattaché artificiellement le système juridique de la nouvelle société, étaient restées jusqu'à la fin du Ier siècle de l'Hégire très peu répandues dans les milieux conquis où s'étaient constituées des communautés arabo-musulmanes. Nous avons vu qu'au témoignage de l'historien Maḳrīzi, jusqu'à cette époque, en Egypte comme dans les autres contrées des pays d'Islam, « les prescriptions juridiques du Coran et de la Sunna, n'étaient pas connues et que l'on y suivait les us et coutumes locaux ». Or, si pour les règles de fond, les communautés arabo-musulmanes, ne recherchaient pas d'indications dans le Coran et la Sunna, on ne peut penser que pour le système judiciaire, ils aient pu agir autrement, si tant est que les traditions authentiques et le Coran aient contenu quelque indication dans le sens d'un système évolué par rapport à celui de l'Arabie préislamite.

Il était bien naturel, au contraire, que ces communautés, établies dans un milieu dont le système juridique, en général, et judiciaire, en particulier, était infiniment supérieur ; soumises à un régime de vie et à des besoins très différents, tendissent à pratiquer les mêmes procédés que ceux qu'il voyaient en usage autour d'eux. Si donc

pour toutes les autres branches des pouvoirs publics les conquérants n'ont fait que maintenir et suivre les institutions et les méthodes de gouvernement et d'administration de leurs prédécesseurs, comme cela est devenu, maintenant, scientifiquement indiscutable, on est tout naturellement porté à rechercher, dans la même voie, la solution du problème des origines du système judiciaire. Tout en réservant l'influence persane sur l'organisation judiciaire musulmane[1], nous pensons qu'il faut rechercher ces origines dans les méthodes du système judiciaire tel que les conquérants l'ont vu fonctionner dans les provinces byzantines, soumises à leur domination.

Une première analogie entre le système gréco-romain et le système islamique est nettement marquée : conformément au système judiciaire byzantin, la justice est exercée, dans les milieux arabo-musulmans, par le gouverneur, qui est le véritable titulaire de la fonction, et qui en délègue souvent l'exercice à des subordonnés[2]. Nous trouvons la preuve formelle de cette affirmation dans les documents les plus sûrs et les plus anciens.

Aš'ari qui, d'après la Tradition, fut un des premier ḳāḍi de l'Islam, était, comme nous l'avons déjà vu, avant tout, le gouverneur de la province de Baṣra. La confusion entre les fonctions administratives de gouverneur et les fonctions judiciaires ne se limite pas à ce personnage. Elle est générale. D'après Abū-Yūsof, le nommé Maymūn ibn Mihrān était, au temps du calife umayyade, 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz, le gouverneur et le juge de la province de Ǧazīrah[3]. Le même auteur nous rapporte une tradition d'après laquelle 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb donna des instructions relatives à l'exercice de la justice à Abū-'Ubayda, qui était le gouverneur de la province de Damas[4]. Bilāl ibn Abū-Burda, qui a succédé à son père dans la province de Baṣra, était, en réalité, comme disent les textes, « l'émir (gouverneur) et ḳāḍi » de cette province[5]. Ǧāḥiẓ citant les noms des orateurs de la ville de Baṣra, réputés pour leur éloquence, mentionne le nom de quatre ḳāḍi successifs, qui étaient, dit-il, « les juges gou-

(1) Au point de vue des origines persanes du système judiciaire musulman, il est intéressant de relever certains passages de la littérature arabe où le *ḳāḍi* est appelé du nom même de *hirbed*. Ainsi s'exprime Al-Ḫawlāni, parlant d'un ḳāḍi d'Egypte, Al-'Umari :

مرّ بنا راكب على فرس  يا من رأى هربداً على فرس

(2) Cf. *infra*, Ch. VII, *in principio*. (3) *Kitāb al-ḫarāǧ*, 137; كان قاضي الجزيرة وعلى خراجها

(4) *Kitāb al-ḫarāǧ*, 140. (5) Ibšīhi, I, 119; Suyūti, 109; Ǧāḥiẓ, *Bayān*, I. 238.

verneurs » de la circonscription[1]. En l'an 87/705, le calife nomme Abū-Bakr ibn Ḥazm, gouverneur de Médine, et il est en même temps, le ḳāḍi de cette ville[2].

Vers le milieu du IIe s. H., le calife Manṣūr nomme Sawwār ibn 'Abdallah gouverneur et ḳāḍi de Baṣra[3]. Zabrā', gouverneur de Médine, y exerce la justice répressive[4]. Il en est de même de Yaḥya ibn Al-Ḥakam, autre gouverneur de Médine[5]. Cette confusion continue à se produire chez les auteurs classiques. Ainsi, Māwardi, rapportant la tradition d'après laquelle le Prophète aurait nommé Ma'āz ibn Ǧabal, ḳāḍi du Yémen, le désigne par le terme de *wāli* (gouverneur)[6].

Nous devons rappeler ici le cas de Ḳurra ibn Šarīk, gouverneur d'Egypte, vers la fin du Ier siècle H. Les papyrus nous le montrent soit donnant à ses subordonnés — chefs de districts administratifs — des instructions, au sujet de procès pendant devant eux, soit exerçant lui-même, directement, la fonction judiciaire, en évoquant à son tribunal supérieur des crimes commis dans un district de la province[7]. D'après Abū-Yūsof, le fonctionnaire compétent pour l'exercice de la justice répressive est le gouverneur de province ; et c'est à lui seul qu'il destine les règles de procédure qui doivent être observées en cas de poursuites criminelles[8], d'où il ressort que, devant le gouverneur, il s'institue un véritable procès contentieux.

Les historiens rapportent des anecdotes au sujet des plaideurs qui soumettent leurs litiges à des « *émirs* » (gouverneurs) du pays d'Irak[9] », au sujet de gouverneurs qui rendent des sentences fantaisistes[10]. Ainsi, ces gouverneurs sont présentés comme les titulaires ordinaires des fonctions judiciaires.

Le gouverneur conserve la liberté, lorsque les plaideurs s'adressent directement à lui, de refuser d'exercer lui-même la justice et de les renvoyer devant son juge-délégué[11]. Les recours contre les sentences des ḳāḍi sont couramment exercés devant le gouverneur de la province qui agit non pas comme un organe supérieur et distinct de juridiction, mais bien comme le titulaire primordial de la fonction, comme le délégant qui revise les sentences de son délégué

(1) Gāḥiẓ, *eod loc.* (2) Abū Al-Maḥāsin, nouv. éd., I, 214. (3) Abū Al-Maḥāsin, nouv. éd. II, 28. (4) *Aġāni*, nouv. éd. III, 307. (5) *Aġāni*, nouv. éd. IV, 221, 246. (6) Māwardi, éd. ég., 63. (7) Becker, *Papyri*. 78, N. IV. (8) Abū-Yūsof, 209. (9) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 97, (10) Isbahāni, I, 123. (11) *Wulāt*, 302.

ou se substitue à lui. Ainsi, Kindi nous rapporte que les parents d'une femme ayant demandé au ḳāḍi du Caire, Ibn Ḫazīma, l'annulation de son mariage et ce ḳāḍi ayant rejeté leur action, ils s'adressèrent au gouverneur Yazīd ibn Ḥātim, lequel donna ordre au ḳāḍi, de prononcer l'annulation du mariage[1]. Dans d'autres cas, le gouverneur épuise lui-même la juridiction, sans renvoi devant son délégué[2].

En fait, tous les ḳāḍi que l'histoire présente comme les titulaires d'offices distincts de judicature ne sont, d'après les textes eux-mêmes, que les agents, les délégués, du gouverneur ou du calife. La terminologie qu'emploient les textes est, à cet égard, très significative. Le ḳāḍi est désigné comme le ḳāḍi de tel gouverneur ou de tel calife[3]. Le ḳāḍi est nommé aux fins d'exercer ses fonctions au nom et pour compte de celui qui l'a nommé[4] ; comme disent certains textes, les ḳāḍi jugent « pour les gouverneurs[5] ». Et c'est bien dans ce sens que se constitue la doctrine classique. Māwardi mentionne, parmi les attributions des gouverneurs de province, l'exercice de la justice et la nomination des magistrats judiciaires[6]. Ibn Ḫaldūn déclare que la juridiction appartient à l'Imām, c'est-à-dire, au chef de la communauté islamique, et que ce n'est qu'en vertu d'une délégation, de sa part, que les ḳāḍi exercent leurs fonctions, délégation, au surplus, d'un caractère essentiellement précaire[7]. D'après Ibn Farḥūn la juridiction rentre naturellement dans les attributions de l'Imām aussi bien que du *wazir* ou chancelier d'empire et du gouverneur de province[8]. D'après Saraḫsi, le ḳāḍi n'est que « l'agent », soit, en d'autres termes, le délégué du gouverneur ; de telle sorte que, dit cet auteur, « si le gouverneur veut lui-même exercer la juridiction, cela « lui est loisible[9] ».

Nous aurons l'occasion, en étudiant la condition juridique du magistrat judiciaire en Islam, de nous étendre encore plus longuement sur cette conception. Indiquons seulement ici que, d'après elle et suivant la propre terminologie des auteurs, le ḳāḍi est considéré comme le « lieutenant », (*nā'ib*) du gouverneur ou de l'Imām, et le ḳāḍi ayant le droit de nommer, dans sa circonscription, d'autres magistrats, ceux-là se trouvent être ses propres « *nā'ib* ». Or, cette no-

(1) *Wulāt*, 367. (2) *Wulāt*, 356. (3) Ṭabari, I, 205 ; *Wulāt*, 429 ; Ya'ḳūbi, II, 349 : *adde* la nomenclature des ḳāḍi à la fin de chaque règne, dans Ya'ḳūbi. (4) Faraḍi, II, 9. (5) Ḫušāni, 10 ; *Fihrist*, 337. (6) Māwardi, éd. ég., 48. (7) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyrouth, 220 ; Zayd ibn 'Ali, 190. (8) Ibn Farḥūn, I, 14. Cet auteur enseigne que le gouverneur de province a le droit de retirer à un juge la connaissance d'un procès, même en cours d'instance. (9) Saraḫsi, XVI, 98.

tion de « lieutenance » implique essentiellement une délégation de pouvoir et le pouvoir primordial du délégant.

Enfin, il y a lieu de noter que si les auteurs ne manquent pas d'enseigner que la juridiction appartient en propre au « chef » ou au gouverneur et que, par voie de conséquence, les ḳāḍi ne sont que ses délégués, on ne trouve nulle part qu'il soit fait allusion à un pouvoir judiciaire distinct, que possèderait en propre un corps de magistrature distinct.

L'appellation de *ḳāḍi* qui semble être devenue propre au magistrat musulman et qui, de prime abord, pourrait tendre à faire admettre une originalité de l'institution, n'est, en réalité, que l'adaptation arabe du terme de juge. Nous le trouvons employé dans les textes primitifs pour désigner, tout aussi bien, les magistrats judiciaires des chrétiens et ceux des autres communautés non-musulmanes[1]. Même dans les textes de l'époque classique et dans ceux de la basse-époque, le juge des *ḏimmi* est appelé également ḳāḍi[2]. Lorsque des voyageurs arabes, parcourant les « pays infidèles », viennent à mentionner un des juges de ces pays, c'est de ce terme même de « ḳāḍi » qu'ils l'appellent[3]. Par contre, comme on l'a déjà constaté, dans le milieu arabe avant et après l'avènement de l'Islam ainsi que dans le Coran lui-même, ce terme de ḳāḍi n'a jamais été employé pour désigner le juge.

Mais ce qui a le plus contribué à donner à l'institution kadiale un aspect très particulier et un caractère d'originalité, c'est que cette institution a pris son essor dans un milieu exclusivement arabo-musulman. Les populations soumises, avons-nous vu, ne relevaient que de leurs juridictions propres ; les nouvelles juridictions instituées étaient spécialement réservées aux musulmans, à la *ǧamāʿa*[4]. Cette restriction de compétence des ḳāḍi musulmans se manifeste dans les règles de procédure, les espèces qui sont soumises à ces juges et qui toutes portent la marque du milieu oú elles ont pris naissance. Alors que dans les juridictions byzantines le caractère écrit de la procé-

(1) Cf. *Kitāb al-huda* ; Pour les Perses mazdéens d'avant et après l'Islām, cf. Gāḥiẓ, *Tāǧ*, 15 ; *Šahnāmeh*, II, 123. Il en est de même du terme *šarīʿa* qui désigne toute loi, en général, mais qui a fini par signifier, par excellence, la loi islamique. Jusqu'au III siècle H., cependant ce terme était employé par des auteurs musulmans considérables pour désigner toute règle de droit (Ǧāḥiẓ, *Tāǧ*, 105 : *Kitāb al-huda* à divers endroits).
(2) Māwardi, éd. ég., 62 ; Ibn ʿAbdūn, IV, 415. (3) Ibn Baṭūṭa, I, 217.
(4) Cf. les expressions : *ḳāḍi al-muslimīn*, *ḳāḍi al-ǧamāʿa*.

dure était nettement affirmé, ce n'est que vers les années 40-60 H. que les ḳāḍi musulmans commencent à faire constater par écrit leurs sentences[1] ; que, quelques années plus tard, ils commencent à tenir des registres pour les biens de mineurs dont ils ont la tutelle[2] etc... Certaines catégories de procès que l'on voit se dérouler devant les premiers ḳāḍi musulmans et les jugements qui y sont rendus sont essentiellement propres au milieu arabo-musulman des conquérants et conformes à leurs mœurs. Ainsi, Kindi rapporte que sous le règne de Mu'āwiya, dans les cas de lésions corporelles, le ḳāḍi, après avoir estimé le montant de la réparation due à la victime, ordonnait au *ṣāḥib al-ḫarāǧ* (l'agent des finances) de prélever ce montant sur la part réservée au clan de coupable dans la dotation qui lui était accordée[3].

Or, plus ce milieu arabo-musulman s'étendait et évoluait par l'adhésion toujours croissante des nouveaux convertis et par l'apport de civilisation dont ils faisaient bénéficier ce milieu, plus la compétence des nouvelles juridictions s'élargissait et leur organisme se développait dans le sens d'un progrès continu.

Ce phénomène historique d'un organisme judiciaire propre à une communauté restreinte, se développant au milieu d'une autre communauté plus large, est tout-à-fait naturel et il se renouvellera dans l'Islam lui-même, quelques siècles plus tard. Ainsi, l'historien Maḳrīzi rapporte que, lorsque au VIII^e siècle H. (XIV siècle A. D.) certains groupements mongols s'établirent dans quelques régions du monde musulman, ils ne tinrent, quant à eux, aucun compte de la loi islamique, de la *šarī'a* et de la juridiction du ḳāḍi, et ils instituèrent, à leur propre usage, un juge spécial qui prit le nom de *ḥāǧib*, qui statuait suivant un pouvoir discrétionnaire, conformément à la coutume que Maḳrīzi appelle « *yāsa*[4] ».

En conséquence de ce qui précède, la solution proposée, quant à la question des origines de l'organisation judiciaire musulmane peut se résumer en ces deux propositions : 1° — La structure générale de cette organisation est empruntée au système judiciaire byzantin ; 2° — Cette organisation a évolué dans des conditions particulières et suivant des règles propres qui ont fini par lui donner un aspect très net d'originalité.

---

(1) *Wulāt*, 309. (2) *Wulāt*, 325. (3) *Wulāt*, 309. (4) Maḳrīzi, III, 360.

CHAPITRE DEUXIÈME

# LE STATUT JURIDIQUE ET RELIGIEUX DU KADI

## Section I. — La condition juridique du kadi

D'après la conception classique du droit musulman, telle qu'elle s'est formée sous l'influence des idées byzantines et persanes le régime d'état est un régime d'autocratie. C'est le souverain qui possède en propre tous les pouvoirs, et, en particulier, la juridiction. Comme le dit Ibn Ḫaldūn, le calife ou imām, représentant de Dieu législateur suprême, est le chef temporel et spirituel du monde islamique et il concentre en sa personne tous les pouvoirs requis pour la direction de ce monde[1]. Tous les fonctionnaires, à quelque catégorie qu'ils appartiennent, n'agissent qu'en vertu d'une délégation d'attributions, délégation directe quant aux fonctionnaires qui reçoivent immédiatement de l'imām leur investiture, délégation indirecte quant aux autres, suivant les degrés de la hiérarchie. Cette délégation implique une représentation. Le fonctionnaire, à quelque échelon qu'il se trouve, est le délégué de son supérieur et le représente ; et il en est ainsi jusqu'à ce qu'on arrive au sommet de la hiérarchie. On peut dire que toute la structure de l'Etat musulman est constituée par une cascade de délégations-représentations. Cette idée de délégation-représentation apparaît donc comme très féconde et comme une des pièces maîtresses de la théorie du droit public musulman.

Nous n'avons à l'envisager dans le présent ouvrage, qu'au point de vue de la juridiction. En examinant les origines du système judiciaire musulman, nous avons déjà eu l'occasion de fixer, dans ses grandes lignes, le mode d'application de cette notion. Nous devons maintenant la serrer de plus près et marquer les étapes de son évolution.

(1) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 218.

Le ḳāḍi est essentiellement un *nā'ib*, un « lieutenant » ou « vicaire ». Il n'a donc pas une situation propre et autonome, Il y a là une forme de justice retenue. A l'origine de l'institution, le ḳāḍi a commencé par être le délégué-représentant du gouverneur. A cette époque primitive, en effet, l'Etat musulman, avec l'existence du pouvoir suprême et actif d'un calife, ne s'était pas encore suffisamment affirmé. Le gouverneur de province, chef des forces conquérantes, puisait de sa seule qualité son pouvoir juridictionnel et il le transmettait d'office à des subalternes. Avec la constitution de l'autorité califienne il n'y eut, en réalité, qu'un déplacement, ou, plus précisément, une superposition d'autorité délégante. Il faut bien remarquer que, dans le principe, tout ḳāḍi n'est pas considéré comme le délégué direct et immédiat du gouverneur ou du calife. La formule exacte est celle-ci ; le ḳāḍi est le délégué de celui qui l'a institué. En effet, lorsque le gouverneur ou le calife instituait un juge, celui-ci avait le pouvoir de subdéléguer, et celui qui était ainsi désigné pouvait à son tour déléguer un troisième et ainsi de suite. Or, chacun de ces ḳāḍi n'était considéré que comme le délégué de celui qui l'avait désigné. Cette conception ressort nettement de la terminologie même qui sert à désigner les juges. Le ḳāḍi d'un district est le *nā'ib* du ḳāḍi de la circonscription dont relève ce district. Lorsque le ḳāḍi en chef — le ḳāḍi al-ḳuḍāt — nommera aux postes de judicature des grandes provinces, il ne fera que pourvoir sa *lieutenance* d'un titulaire. Le célèbre ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad, Ibn Abi Al-Šawārib, désigne les ḳāḍi du Caire afin qu'ils le *représentent* : c'est en ces termes que s'expriment les textes. Ainsi, entre beaucoup d'autres cas, Kindi, pour dire que Ibn Al-Ḥaddād fut nommé ḳāḍi d'Egypte ( 321/933 ) rapporte que « Ibn abi Al-Šawārib envoya l'ordre à Ibn Al-Ḥaddād de le représenter[1] ». Lorsque Ibn Ǧabr est réintégré dans ses fonctions de ḳāḍi d'Egypte en 324/935, les textes disent : « Ibn Ǧabr fut réintégré dans les fonctions de délégué-représentant de Ibn Abi Al-Šawārib[2] ». A un échelon encore plus bas, lorsque le ḳāḍi d'une région institue un ḳāḍi, pour un ressort déterminé, c'est encore la même terminologie qui est employée, que nous retrouvons encore dans les modèles d'actes d'investiture que rapportent certains ouvrages. Après le préambule d'usage, le passage essentiel de l'acte consiste en cette proposition : « je t'ai pris pour *lieutenant* : استنبتك عني في القضاء[3] ». Une autre expression employée aussi couramment, toujours dans le même sens.

(1) *Wulāt*, 546. (2) *Wulāt*, 542. (3) Nuwayri, IX, 155 ; Ḳalḳ., XIV, 340.

est la suivante : استخلفتك[1]. Ainsi le ḳāḍi d'Egypte en l'an 140/757, s'est substitué ( استخلف ) Yazīd ibn Bilāl[2] ; Al-Ḳurazi est le *ḫalīfa* de Ibn Mukram[3] ; etc...

Ce principe va permettre aux ḳāḍi de grands ressorts de se substituer des délégués non seulement dans les centres éloignés de leur siège principal. mais aussi à ce siège même. La pratique en devient même constante chez les ḳāḍi des grands centres, comme le Caire ; ils ont presque toujours un ou deux vicaires dans la ville même, et parfois, ayant obtenu leur nomination de Bagdad, avant même d'arriver au siège de leur fonction, ils y désignent leurs vicaires. Cette pratique donnera lieu a beaucoup d'abus, sur lesquels nous reviendrons, notamment, l'absentéisme. Pour rester auprès de leur maître, maintenir leur situation et déjouer les intrigues qui pourraient s'y nouer contre eux, certains ḳāḍi prennent l'habitude de continuer à séjourner dans la capitale, se contentant de déléguer un *nā'ib* dans le ressort qui leur est affecté. La doctrine finit par sanctionner cette pratique abusive en admettant que le titulaire d'un poste peut, sans s'y rendre, y déléguer des « vicaires ».

Ce mandat-délégation est-il du type civil ordinaire ? Ainsi, comme tout contrat de mandat, requiert-il, pour sa formation, même, le consentement de l'une et de l'autre partie ? On peut répondre nettement par la négative à cette question. Tout comme pour le mandat du droit public romain[4], notre mandat-délégation est le résultat d'un *ordre* ; — c'est un acte d'investiture qui produit ses effets par le seul fait de son émission, sans que soit nécessaire le consentement du délégué ; tout au plus, est requise son adhésion.

La saine doctrine à ce sujet est exposée par Māwardi. Après avoir indiqué les termes qui doivent être employés dans les actes de nomination et les conditions requises pour que l'investiture soit accomplie, conditions qui émanent toutes de l'autorité supérieure, cet auteur enseigne que « *le consentement* » du candidat constitue simplement un élément de *perfection* de l'acte de nomination[5].

De cette notion procède la règle suivant laquelle l'autorité supérieure peut forcer une personne à accepter une fonction judiciaire et

(1) *Wulāt*, 546. (2) *Wulāt*, 359. (3) *Wulāt*, 482. (4) Mommsen et Marquardt, *Droit public romain*, III, 280 s. (5) Māwardi, éd. ég., 66 ; Nuwayri, VI; 253.

peut légitimement employer à cette fin des moyens de contrainte physique, tels que des corrections et l'emprisonnement[1]. C'est à cette règle qu'il faut rattacher principalement les anecdotes rapportées au sujet de personnages qui, refusant un poste de judicature, sont contraints à l'accepter, par l'exercice de sévices contre eux[2]. Lorsqu'un personnage veut décliner une nomination, ce n'est pas un refus qu'il oppose ; il se contente de faire valoir des excuses, son inexpérience, son incapacité[3].

Une autre conséquence importante de la notion de mandat-ordre consiste en ce que c'est la seule volonté de l'autorité commettante qui peut mettre fin au madant. C'est pourquoi, elle peut discrétionnairement révoquer un ḳāḍi[4], sauf la condition supplémentaire de la notification à l'intéressé[5]. C'est pourquoi, aussi, la démission volontaire d'un ḳāḍi ne produit son effet que si elle est acceptée par l'autorité commettante. Ainsi, dit un texte, le *ḳāḍi al-ǧamāʿa* de Cordoue, « ʿAbd al-Raḥmān Al-Maʿāfiri, ne cessait de demander d'être décharg« é de ses fonctions, jusqu'à ce que cette demande fût agréée » par le sultan, qui alors « licencia le ḳáḍi[6] ». Le ḳāḍi d'Egypte, Ḫayr ibn Nuʿaym, présenta sa démission au gouverneur, Abū-ʿAwn, qui refusa de l'accepter[7]. Lorsque Ibn Miskīn présenta sa démission au gouverneur de cette même province, celui-ci ne l'accepta qu'après l'avis conforme du calife[8]. Aussi bien, tous les textes qui rapportent des cas de cessation des fonctions par démission ne manquent pas d'ajouter que cette démission a été acceptée[9].

Simple délégué, le ḳāḍi n'exerce qu'une justice retenue. C'est pourquoi le délégant conserve le droit de rendre lui-même la justice. Fait significatif à cet égard : certains auteurs, comme Abū-Yūsof, ne font mention que de « l'imām » ou chef de la communauté musulmane ou du gouverneur, lorsqu'ils développent les règles de la procédure judiciaire. C'est ce qui explique aussi la théorie, à caractéristiques si particulières, des recours contre les décisions des ḳāḍi, et, en particulier, la fameuse procédure dite des « *maẓālim* » dont nous exposerons plus loin le détail.

De cette même idée aussi procède le pouvoir du délégant de

(1) Ḫaraši, VII, 164. (2) Uzağandi, III, 381 : Bowen, 120 ; cf. Goldziher, *Muhamm. Studien* II, 39 s. (3) Ibn Ḳutayba, éd. ég., 34 : Amīn, *Duḥa*, II, 89. (4) Uzağandi, III, 378 ; Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 17. (5) Ramli, II, 15. (6) Ibn Baškuwāl, 309. (7) *Wulāt*, 355. (8) *Wulāt*, 475. (9) Ibn Ḫalliḳān, I, 596 ; Abū Al-Maḥāsin II, 185.

donner des instructions à son vicaire quant à la réglementation de la procédure. C'est ainsi qu'au témoignage de Ḫaraši, le ḳāḍi Ibn Bišr, ayant décidé qu'en matière d'immeubles, le tribunal compétent doit être celui de la résidence du défendeur, « il envoya des instructions « dans ce sens à ses ḳāḍi[1] ». Ce caractère de justice retenue se retrouve à tous les échelons. De même que le calife ou le gouverneur conserve le droit d'exercer lui-même la justice, le ḳāḍi d'une circonscription conserve le droit de juridiction dans toute l'étendue de son ressort, bien qu'il y ait institué des lieutenants ou *nā'ib*.

Par ailleurs, la délégation peut affecter, quant à son étendue, des modalités diverses, suivant la volonté du délégant. Tout comme ce dernier peut donner mandat à un particulier ou à l'un de ses auxiliaires ou à un ḳāḍi déjà institué, de connaître d'une espèce déterminée[2], il peut, lorsqu'il institue nouvellement un ḳāḍi, élargir ou restreindre sa compétence, quant au ressort, quant au genre de litiges, quant à la catégorie des plaideurs, etc..[3]. C'est ainsi, dit Māwardi, que les gouverneurs de Baṣra avaient pris l'habitude d'instituer un ḳāḍi — sorte de juge de paix — pour connaître spécialement des litiges dont la valeur ne dépassait pas deux cents dirhems et vingt dinars[4]. Des particuliers, même, reconnus pour leur science juridique, étaient parfois chargés du jugement de certains litiges que les ḳāḍi leur renvoyaient régulièrement[5]. Lorsque, pour l'un de ces particuliers, ce renvoi se répétait d'une façon constante, le public finissait par lui donner même le titre de ḳāḍi[6]. Un ḳāḍi d'Egypte, de la fin du IVe siècle H., délègue à un *nā'ib* la connaissance des litiges successoraux pour lesquels il semble qu'il n'était pas, en principe, compétent[7]. Nous verrons, lorsque nous étudierons la compétence judiciaire des ḳāḍi, le détail de diverses restrictions ou extensions dont est susceptible la délégation.

La notion de délégation-mandat prend une telle extension qu'on arrive à en faire des applications exagérées et déformées. La désignation d'un expert, en cours d'instruction d'un procès, apparaîtra comme une délégation de juridiction[8].

(1) Ḫaraši, VII, 204. (2) Māwardi, éd. Enger, 122; Uzağandi, III, 380.
(3) Māwardi, *eod. loc.* (4) Māwardi, *eod. loc.* Cette pratique de la délégation pour des cas particuliers restera constante dans l'Empire ottoman jusqu'à la veille de la période des *Tanzimāt*. Ainsi le ḳāḍi de Jérusalem délègue son greffier aux fins de liquider une succession et de statuer sur tous les litiges nés à cette occasion (Rustum, *Documents*, II, 165). (5) Ibn 'Abbār. *Takmila*, II, Ibn Baškuwāl, 198.
(6) Ibn Baškuwāl, *eod. loc.* (7) *Wulāt*, 600. (8) Ibn Ḫaldūn, 407.

L'idée de délégation, fondement de l'organisation judiciaire, exclut celle de séparation entre pouvoir judiciaire et pouvoir exécutif. Ce qui aggravera encore les inconvénients de cet état de choses, c'est la dépendance du juge non seulement vis-à-vis de l'autorité exécutive centrale, mais encore vis-à-vis des diverses autorités régionales et des ḳāḍi vis-à-vis des autres ḳāḍi, leurs délégants. Cependant, en raison des inconvénients pratiques de telles confusions une évolution se produira dans le sens de l'établissement d'une autonomie relative des ḳāḍi à l'égard les uns des autres et à l'égard des autorités administratives régionales, et même, quoique dans une mesure très restreinte, du pouvoir central lui-même. A partir d'une époque, relativement tardive, la conception que l'on se faisait du statut du ḳāḍi-délégué commence à se modifier: le ḳāḍi du plus bas des degrés de l'échelon, le *nā'ib* du plus petit district, n'est plus considéré comme le préposé personnel de son délégant, mais comme le lieutenant direct du calife. Quoique institué par un ḳāḍi, le *nā'ib* devient le « *nā'ib du sulṭān* » ou de « *l'imām* », comme disent les textes[1]. La tendance est encore poussée plus avant, à un point tel que le pouvoir judiciaire va apparaître comme séparé du pouvoir exécutif. Des auteurs déclarent, en effet, que le ḳāḍi de l'échelon inférieur est le *nā'ib* ( vicaire ) du Prophète[2], ou même de Dieu[3]. Sur un terrain plus positif, il est considéré comme le *nā'ib*, non plus du calife, personnellement, mais de la communauté, en général[4]. Cette nouvelle conception exercera son influence sur la situation du ḳāḍi-délégué. Il ne sera plus révocable par la révocation ou la mort du ḳāḍi, son délégant. C'est ainsi que l'auteur du recueil « *Al-fatāwi al-hindyya* », du XI^e siècle H., tout en continuant à rapporter l'opinion traditionnelle, suivant laquelle les *nā'ib* d'un ḳāḍi se trouvent révoqués par sa propre révocation ou sa mort, ne manque pas de spécifier que la pratique est cependant établie en sens contraire, et la raison qu'il en donne est précisément la considération que le *nā'ib* est en réalité « le *nā'ib* du sulṭān ou de la société[5]». C'est pourquoi, dit un autre auteur de la basse époque, le ḳāḍi ne peut pas de par sa propre volonté mettre fin à sa fonction : il est le *nā'ib* de la عامة, ( le public ), et le droit de ce public s'attache à cette fonction[6].

Un autre aspect de la même tendance consiste dans l'interdic-

(1) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 17 ; Ramli, II, 9. (2) Saraḫsi, XVI, 65. (3) Ibn Nuǧaym, VI, 259. (4) Ibn ḳāḍi Samāwana, *eod. loc.*, Uzaǧandi, III, 388. (5) Uzaǧandi, III, 387 ; Ibn Nuǧaym, *eod. loc.* (6) Ibn ḳāḍi Samāwana, *eod. loc.* ; Ibn Nuǧaym, *eod. loc.*

tion faite au ḳāḍi, quel que soit le degré auquel il se trouve, de déléguer lui-même ses pouvoirs et d'instituer des *nā'ib*, à moins qu'il n'y soit autorisé. Alors que, d'après Mawārdi, qui écrivait son Traité dans la première moitié du Ve siècle H., le statut ordinaire du ḳāḍi comportait le pouvoir de se substituer des *nā'ib* ou vicaires[1], les juristes de la fin du même siècle, comme Saraḫsi, exigent, à cette fin, une autorisation spéciale[2]. Marġināni pose, aussi, la même condition[3]. C'est pourquoi, on relève dans tous les modèles d'actes de nomination de juges des grandes circonscriptions, une clause spéciale conférant le pouvoir de subdélégation[4]. Mais l'autorisation peut être tacite, résulter même de la nature du poste de judicature auquel on est nommé. Ainsi, la nomination au poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt comporte sans qu'il soit besoin de mention expresse, le droit du titulaire de désigner des nā'ib ; car, disent les textes, c'est le ḳāḍi al-ḳuḍāt qui est institué nécessairement pour être le chef de l'administration judiciaire, nommer et révoquer les magistrats[5].

La notion de délégation et de justice retenue implique, dans sa pureté originelle, le pouvoir du délégant de se substituer à tout moment à son vicaire et la possibilité de tout plaideur de s'adresser *omisso medio* à ce délégant. Mais, à partir d'une certaine époque — bien tardive, il est vrai — la pratique tendit à limiter la portée de ces conséquences, à fortifier la situation personnelle du délégué, en donnant plus d'indépendance à son statut. C'est ainsi que, quoiqu'on continue à voir affirmé dans les Traités de jurisprudence le principe que tout plaideur peut s'adresser directement « à la Porte du Sultan », sans passer par l'intermédiaire du ḳāḍi, ces mêmes Traités n'omettent pas d'indiquer que la pratique s'est établie en sens contraire et qu'il n'est pas loisible au justiciable de s'adresser immédiatement au délégant supérieur[6].

Un autre élément qui contribuera à établir une certaine séparation des pouvoirs ainsi qu'à assurer au ḳāḍi une certaine autonomie nous semble être la constitution, à partir du IIe siècle H., d'un corps général de droit. Ce corps de droit s'interposera entre la volonté du délégant et le délégué. Ce dernier devra appliquer une loi qui est distincte de la volonté du délégant, et qui s'impose, en principe, aussi bien, à ce dernier. Les liens de subordination en seront, dans la

(1) Māwardi, éd. ég. 67, (2) Saraḫsi, XVI, 110. (3) Marġināni, III, 86.
(4) Ḳalḳ., X, 264, 277; Nuwayri, IX, 155. (5) Ibn ḳāḍi Samawāna, I, 14.
(6) Uzağandi, III, 408.

même mesure, affaiblis ; et le ḳāḍi acquerra, en conséquence, un statut beaucoup plus indépendant. Cette évolution arrivera à un point tel que les juristes de la basse époque formuleront la règle d'après laquelle « l'ordre du sultan ( délégant supérieur du pouvoir de juridiction ) ne doit être exécuté ( par le ḳāḍi ) que s'il est conforme aux règles du *šar'*[1] ».

D'ailleurs, l'incertitude qui a régné en matière législative avant la constitution du *corpus juris* musulman et, suivant l'expression consacrée, la *fermeture de la porte de l'iǧtihād*, ainsi que, d'autre part, l'inexistence d'un organe de législation, devait avoir sa répercussion sur le statut juridique du ḳāḍi et contribuer dans une très large mesure à faire de lui, non pas simplement un organe d'application de la loi, mais aussi un organe de création du droit. C'est de là, à notre avis, que procède l'organisation ou le perfectionnement, par la pratique judiciaire elle-même, d'institutions juridiques de la plus haute importance, telles que celles des *šuhūd*, du notariat, du *waḳf*, de la réglementation des biens des mineurs, des absents, etc.

Une autre caractéristique de la condition juridique du ḳāḍi, c'est que, contrairement à ce que le terme qui sert à le désigner pourrait faire croire, il n'est pas exclusivement un juge, dont les attributions se limitent à la fonction judiciaire. Dès les origines et surtout au cours du Ier siècle H., presque tous les ḳāḍi se voient confier, en même temps et au même titre que la juridiction, des attributions soit apparentées, comme la police, soit, tout-à-fait différentes, comme la garde du Trésor public, sans que les attributions judiciaires apparaissent avec un caractère de primauté et les autres attributions comme simplement accessoires.

Cela fait encore mieux ressortir la notion de la délégation : le gouverneur, titulaire de tous les pouvoirs. détermine librement les attributions que doit comprendre la délégation faite à l'un ou à l'autre de ses préposés.

L'évolution ultérieure fixera la véritable nature de l'institution, en spécialisant le ḳāḍi dans ses attributions judiciaires. Mais, par contre, quelques siècles plus tard, la tradition originaire sera renouée et nous verrons les ḳāḍi cumuler des charges d'une nature toute différente des attributions juridictionnelles.

(1) Ibn 'Abdūn, IV, 477.

Un autre aspect important de la juridiction kadiale, c'est l'unicité du juge. A la différence d'autres systèmes judiciaires où la juridiction, confiée d'abord à un juge unique, a fini par devenir collégiale, le système judiciaire musulman, en général, est resté fidèle au principe de l'unicité ; — l'Islam n'a pas connu le système des assemblées judiciaires. Les origines de ce principe doivent être recherchées, nous semble-t-il, dans deux sens différents. Le ḳāḍi étant le délégué-représentant du gouverneur, il devait être unique comme ce gouverneur. D'autre part, les assemblées judiciaires procèdent d'une organisation démocratique de la Cité, d'une conception de droit public, qui se retrouve aux origines de beaucoup de sociétés et qui admet la participation du peuple à l'exercice du pouvoir, dans ses diverses branches. Or, l'Islam n'a pas pu bénéficier de telles traditions d'assemblées judiciaires dans le milieu arabe où il est né, tout comme, par l'effet des influences byzantine et persane qui l'ont saisi dès ses origines, il s'est constitué sur le mode de la puissance personnelle, autocratique.

Le système de juge unique comportera, cependant, le correctif du *consilium* ; — un nombre plus ou moins restreint de juristes, assistant de leurs avis le juge, mais n'ayant aucune compétence délibérative. Nous exposerons par la suite le fonctionnement de cette institution.

Le principe d'unicité est, encore, conçu dans le sens d'unité de juridiction. Et cette unité doit être envisagée à deux points de vue différents.

A un premier point de vue, il y a lieu d'observer que, théoriquement, il n'existe pas, en Islam, des degrés juridiquement distincts et séparés de juridiction. Sans doute, les divers échelons de délégation constituent autant de degrés ; mais ils ne sont pas séparés les uns des autres, et, dans la réalité des choses, ils ne sont que les émanations les uns des autres et ne constituent ainsi qu'un seul et même tout. Au contraire, dans le système moderne, la juridiction d'appel, par exemple, se détache nettement de celle de première instance, et la juridiction de cassation se détache encore plus nettement des deux autres, constituant chacune une formation judiciaire distincte, ayant sa vie propre. Le recours que l'on peut exercer, dans le système kadial, contre la décision d'un juge devant son délégant ou devant le chef de l'Etat constitue un recours d'une nature toute particulière, que nous analyserons par la suite mais qui est loin de ressembler aux voies de recours du système judiciaire moderne.

A un deuxième point de vue, la juridiction est unique en ce qu'elle est uniformément compétente à l'égard de toutes personnes quelle que soit leur qualité, et en ce qu'il n'existe pas de juridiction autre que celle du chef de la communauté.

En principe, tous les membres de la cité musulmane sans distinction sont justiciables de la juridiction du ḳāḍi. Il ne se trouve pas, dans le système judiciaire musulman, des juridictions propres aux bourgeois des villes, ou aux nobles ou aux roturiers. La Tradition se complaît à rapporter des anecdotes qui représentent le calife se soumettant volontairement à la juridiction du ḳāḍi. Le monde musulman n'ayant pas connu les organisations et franchises municipales autonomes, les bourgeois des villes ne songèrent pas davantage à se constituer des juridictions qui leur fussent propres. Quant aux nobles, aux seigneurs, grands et petits, toute leur activité s'exerçait en vue de se rendre politiquement indépendants de leur suzerain : on ne voit pas qu'ils aient cherché à revendiquer le droit d'être jugés par le suzerain ou par leurs pairs. Nous ne parlons pas des clercs, l'Islam n'ayant pas de clergé. Tout au plus peut-on retenir la catégorie des personnes qui s'adonnaient spécialement à l'étude et à l'enseignement de la loi, autrement dit, les juristes, *fuḳaha*, *'ulamā'*. Mais ceux-là n'ont jamais constitué une véritable classe sociale distincte, et en tout cas n'ont pas joui d'un privilège judiciaire.

D'autre part, la justice est partout la justice du chef de l'Etat : il n'y a pas d'autres justices distinctes, seigneuriales, municipales. Sans doute, les divers gouverneurs chercheront à s'immiscer dans l'administration judiciaire et spécialement dans la nomination des ḳāḍi, dans leurs provinces. Sans doute aussi, par suite des divisions politiques et de la constitution d'Etats musulmans indépendants, il se forma autant d'organisations judiciaires indépendantes. Mais c'est là le côté politique de la question. Au sein d'un même Etat, il n'y eut pas d'autre justice que la justice du calife ou du sultan. Cela tient, peut-être, à l'inexistence, en Islam, d'une organisation féodale, sur le mode de celle du Moyen-âge occidental.

L'unité de juridiction, en Islam, ne va pas plus loin que les limites que nous venons d'indiquer. Cette juridiction n'est pas une, quant à la nature des conflits. Contrairement à ce que l'on soutient généralement, le ḳāḍi ne constitue pas l'unique autorité judiciaire vers laquelle affluent tous les litiges, de quelque ordre qu'ils soient. Ainsi, sans parler de certaines matières dévolues à des juridictions spéciales, qui sont pourtant nombreuses, la justice répressive a été,

dès le principe, exercée par le gouverneur, alors même qu'il déléguait ses autres attributions judiciaires au ḳāḍi ; et elle est, depuis une certaine époque, du ressort d'un ordre spécial de fonctionnaires, la *šurṭa*[1]. De même, il faut tenir compte à cet égard des institutions judiciaires indépendantes qui apparurent au cours de l'évolution historique et qui exercèrent un pouvoir juridictionnel concurrent ou même supérieur à celui du ḳāḍi. Ainsi en a-t-il été, par exemple, de la juridiction du *ḥāǧib*[2] et de l'institution des *maẓālim*, juridictions d'un ordre tout différent de l'ordre kadial, statuant suivant la coutume et l'équité, dans des matières soumises, en principe, à la juridiction du ḳāḍi.

Nous terminerons cette étude sur la condition juridique du juge musulman, par quelques observations complémentaires sur la dénomination même de « *ḳāḍi* ». Nous avons déjà vu que ce terme n'était pas réservé exclusivement au juge musulman : transposition arabe du *judex* romain, on le rencontre appliqué aux juges des communautés non-musulmanes. Mais à l'époque classique, le sens du terme se spécialise et il n'est pas appliqué couramment qu'au juge chargé de l'application de la loi musulmane[3]. L'appellation est complétée par le nom de la ville à laquelle le ḳāḍi est affecté. A l'origine, au Ier et au IIe siècles H., le ḳāḍi était désigné par le nom de la circonscription militaire où il exerce ses fonctions. C'est ainsi que Yaḥya ibn Maymūn, ḳāḍi du Caire, est appelé *ḳāḍi al-ǧund*[4]. Ḫušāni nous apprend qu'en Andalousie, avant l'adoption du nom de *ḳāḍi al-ǧamāʿa* sous le règne du premier calife umayyade, le juge principal de la communauté musulmane s'appelait *ḳāḍi al-ǧund*[5].

Dans la terminologie technique et officielle, le titre de ḳāḍi était réservé, en Orient, aux juges de la capitale, tandis que les juges des provinces portaient le titre de *ḥākim*[6]. Mais dans le langage vulgaire et même dans le langage juridique courant, l'appellation de ḳāḍi est appliquée indifféremment aux uns et aux autres. Même les juges à compétence réduite, quant à la valeur des litiges, ou à compétence restreinte, quant aux matières qui leur sont dévolues, portent aussi le titre de ḳāḍi. Ainsi, ce juge de Baṣra dont la compétence n'était

(1) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 222, 251. (2) Ibn Ḫaldūn, éde. Byr., Maḳrīzi, III, 356, 360. (3) Souvent aussi on emploie dans un sens absolument équivalent le terme *ḥāhim*. (4) *Wulāt*, 341, 316. (5) Ḫušāni, 28. Cf. *infra*, la rubrique consacrée au *ḳāḍi al-ʿaskar*. (6) Ṣābi, 152. Par ailleurs, ce terme a aussi une acception tout-à-fait générale et sert à désigner toute personne investie d'une fonction publique et ayant droit de juridiction.

pas supérieure à deux cents dirhems et qui, suivant le témoignage de Māwardi, s'appelait le *ḳāḍi* de la mosquée[1]. Une personne, à qui un juge d'Egypte, de la première moitié du IVe siècle H., délègue l'administration et la juridiction en matière de biens waḳf, portait le titre de ḳāḍi[2]. En revanche, dans le Maġreb, l'appellation est restée réservée, même dans le langage courant, aux juges des grands centres[3] ; les juges des petits ressorts portent le nom de *ḥākim*[4]. Il en est de même, des juges à compétence limitée, qui « ne connaissent pas des litiges « importants[5] » et des vicaires des ḳāḍi des grands ressorts. ( D'après Maḳḳari, le juge inférieur portait aussi le titre de *musaddid*[6] مسدّد ; et cet auteur ne mentionne pas le titre de ḥākim ). La fonction de juge inférieur s'appelle, en Occident, *ḫiṭṭat al-aḥkām*, خطة الاحكام[7]. Le ḥākim ne différait du ḳāḍi que par l'étendue du ressort et de la compétence. Par extension, on a appliqué la même appellation de *ḥākim* au fonctionnaire qui exerçait la justice répressive arbitraire[8]. C'est dans cette mesure seulement qu'on peut, nous semble-t-il, retenir l'affirmation de Gaudefroy-Demombynes et Platonow qui disent que le ḥākim était un « magistrat rendant la justice administrative extracoranique[9] ».

Mais, particulièrement en Espagne, le titre de ḳāḍi perdra, dans la suite, de son ancienne portée. Les juges à compétence restreinte et spéciale prendront aussi le nom de ḳāḍi ; il y aura le « ḳāḍi des mariages » ( قاضي الانكحة — قاضي المناكح[10]), le « ḳāḍi des eaux » ( قاضي المياه[11] ). Le juriste, simple particulier qui, sans être titulaire d'un poste officiel, est habituellement délégué par un ḳāḍi pour la connaissance de certains procès, est parfois appelé du nom de ḳāḍi[12]. Même, le fonctionnaire précité, chargé de la justice répressive, portera le nom de *ḳāḍi al-šurṭa*[13].

Le titre de ḳāḍi, une fois attribué à une personne, lui restait, — tout au moins, à partir du Ve siècle H. — définitivement acquis, et constituait en quelque sorte un signe d'honorariat. Lorsque Saraḫsi

(1) Parce qu'il siègeait dans la mosquée principale de la ville, Māwardi, 74. (2) *Wulāt*, 573. (3) Maḳḳari, I, 103. (4) Ibn ʿAbdūn, *J. As.* 1934, CKXXV, 202, 203. (5) Ibn ʿAbdūn, *eod. loc.* (6) Maḳḳari, *eod. loc.* (7) Ibn Baškuwāl, 64, 346, 418, 525 ; Ibn Abbār, 624, 631, etc. (8) Cf. *infra* le chapitre consacré à la *šurṭa* et la juridiction répressive. (9) *Histoire du monde*, VII, 395. (10) Ḫaraši, VII, 169. (11) Cf. Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 132. (12) Ḫaraši, VII, 169. (13) Ibn Baškuwāl, 178.

fut licencié de son poste de ḳāḍi d'Egypte, il continua à s'entendre appeler par son ancien titre. Aux personnes qui s'en étonnèrent, il répondit : « Ce titre ne nous quittera qu'au Jour du Jugement[1] ». C'est pourquoi, il n'est pas surprenant de voir, dans les chroniques d'histoire, que des titulaires de beaucoup de charges qui ne sont en aucun rapport avec les fonctions judiciaires, comme la charge d'administrateur des revenus du sultan, ou des dons et robes d'honneur, ou des dotations de l'armée ou de directeur des douanes, portent le titre de ḳāḍi[2]. Très probablement, dans beaucoup de cas, c'étaient des personnages qui avaient précédemment occupé des fonctions judiciaires[3].

---

## Section II. — Le caractère religieux de la fonction judiciaire

Ce serait une étude bien intéressante que d'examiner, au cours de l'histoire du monde musulman, le caractère religieux qui n'a pas tardé à imprégner la plupart de ses institutions. Pour rester dans le cadre du présent ouvrage, nous constaterons que depuis une certaine époque, — que nous essaierons plus loin de déterminer — la fonction kadiale a revêtu un caractère nettement religieux, qui ne la quittera plus, qui ira au contraire en s'affirmant toujours davantage, en s'étendant à toutes les isntitutions qui lui sont connexes.

Dans l'énumération que Ibn Ḫaldūn fait des « fonctions reli- « gieuses califiennes », il cite, après la prière et la *futya*, le *ḳaḍā'*, c'est-à-dire, la justice. Suivant la conception de Ibn Ḫaldūn, qui représente la doctrine classique, ce caractère de la fonction judiciaire procède du caractère religieux du califat suprême, dont la mission essentielle consiste dans l'application du *šar'*, la loi religieuse, par excellence, telle qu'elle est consignée dans les textes sacrés. Le ḳaḍā' n'est qu'une émanation de ce califat, à tel point qu'il « est une

(1) *Wulāt*, 550. (2) Maḳrīzi, III, 146 ; Abū Al-Maḥāsin, VI, 515, 584, 711 ; Ḳalḳ, XI, 416. (3) Tout comme, d'ailleurs, beaucoup de ḳāḍi cumulaient ces charges avec leurs fonctions judiciaires, ainsi qu'on le verra plus loin.

de ces institutions qu'on ne retrouve que chez les califes musulmans[1] ». Dans la définition que donnent les juristes de la fonction judiciaire, le caractère religieux est encore plus accusé. D'après Saraḫsi, la justice consiste dans « l'application des principes de la religion », et c'est pourquoi, « rien n'y doit être mêlé, des préoccupations temporelles[2] ». « Le ḳāḍi est le gardien de la religion des mu- « sulmans[3] ». « La fonction kadiale, dit l'historien Maḳḳari, est, en « Andalousie, une des fonctions les plus importantes aux yeux de « tout le monde, à cause de sa connexion avec la religion etc...[4] ». « L'exercice du ḳaḍā' est un principe de vie pour la religion » dit Ḫušāni[5]. Ce caractère s'accentue à un point tel que l'exercice de la justice n'apparaît plus simplement comme l'exercice d'une fonction publique de nature religieuse, mais aussi comme l'accomplissement d'un acte de dévotion, de piété, voire, d'une obligation religieuse. « Rendre la justice constitue un des plus nobles actes de dévotion » dit Saraḫsi[6]. « C'est un des meilleurs actes de dévotion », d'après Kāsāni[7]. « C'est un des plus importants devoirs, après la croyance en Dieu » ajoute un autre auteur[8]. D'après l'expression consacrée, le ḳaḍā' est un *farḍ kifāya*, c'est-à-dire, en théologie islamique, une de ces obligations religieuses dont l'observation est imposé à tout fidèle lorsqu'il y est requis et qu'il se trouve être le seul à posséder les qualités nécessaires pour son accomplissement[9]. Ġazāli traite, sur le même pied, le ḳaḍā' et l'imāma supérieure : ces deux fonctions ne sont que l'accomplissement d'une obligation de *farḍ kifāya*[10]. C'est pourquoi, ce serait péché que de refuser un poste de judicature auquel on est appelé[11]. C'est le caractére religieux qui explique que tous les auteurs et juristes rattachent l'institution judiciaires à des préceptes du Coran et de la Sunna, donc à une origine divine. En tête du chapitre consacré à cette institution, sont toujours invoqués des versets du Coran, comme ceux-ci :

يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالعدل . . .

فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم . . .

اذا حكمتم بين الناس فاحكموا بالعدل

ou des ḥadīṯ du Prophète, comme celui-ci :

انما انا بشر وانكم تختصمون اليّ . . .

(1) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 218. (2) Saraḫsi, XVI, 67 ; Dāmād, II, 150. (3) Saraḫsi, XVI, 75. (4) Maḳḳari, I, 103. (5) Ḫušāni, 20. (6) Saraḫsi, XVI, 60. (7) Kāsāni, VII, 4. (8) Marġināni, III, 83. (9) Ibn Farḥūn' I. 8 ; Ḳāḍiḫān, II, 351. (10) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 143. (11) Ḳāḍiḫān, II, 351.

Dans les ouvrages encyclopédiques, comme *Ṣubḥ al-a'ša*, de Ḳalḳašandi, ou *Nihāyat al-arab*, de Nuwayri, c'est sous la rubrique intitulée « Les fonctions religieuses » qu'il est traité de l'institution judiciaire ainsi que d'autres institutions similaires.

Ce caractère religieux de la fonction réagira nécessairement sur la personne même de son titulaire. Le ḳāḍi deviendra un magistrat religieux[1]. Et ce caractère imprégnera, en dernière analyse, tous les actes de sa fonction.

Naturellement, une des conditions de nomination au poste de ḳāḍi, est la qualité de musulman[2]. Le *ḏimmi* ne peut pas être investi d'une fonction judiciaire « à cause de son infidélité en matière reli- « gieuse et parce qu'il altérerait la religion des musulmans[3] ». Le choix d'un ḳāḍi ne doit être lui-même inspiré que par le désir de plaire à Dieu[4]. Le ḳāḍi doit, au surplus, se distinguer par sa piété et l'observation régulière des dévotions religieuses[5]. Il doit « craindre « Dieu... agir en vue d'obtenir les récompenses célestes et éviter les « châtiments de l'Au-delà[6] ». Telle personne est distinguée et choisie comme ḳāḍi « à cause de son renoncement et de sa piété... et parce « qu'elle est retirée dans sa maison, loin du monde, se livrant aux « exercices de dévotion et vivant comme un ermite[7] ». Suivant que le ḳādi aura exercé, dans le sens du bien ou du mal, ses fonctions, il sera récompensé ou puni dans l'autre monde. Le plaideur qui a été condamné injustement par un ḳāḍi sera son adversaire au jour de Jugement[8]. Avant d'accepter la fonction à laquelle il est appelé, tout comme dans l'exercice même de la fonction, il doit « prier Dieu et solliciter son inspiration et ses lumières[9]». C'est pourquoi, personne ne doit rechercher les fonctions judiciaires comme un bien terrestre, mais on doit se laisser distinguer par ses seuls mérites religieux.

La connaissance du Livre et des traditions sacrés est une autre qualité requise chez le ḳāḍi[10]. En effet, « on ne peut choisir le ḳāḍi «que parmi les 'ulama» (personnes versées dans la connaissance des

(1) Je dis : religieux et non : ecclésiastique. (2) Le ḳāḍi doit être d'une parfaite orthodoxie, telle qu'elle est reconnue par l'autorité supérieure. C'est pourquoi le calife Ma'mūn révoqua les magistrats qui ne professaient pas la doctrine mu'tazilite qu'il considérait comme seule orthodoxe. (3) Saraḫsi, XVI, 110. (4) Ibn Farḥūn, I, 17. (5) Ḫalīl, 243. (6) Uzağandi, III, 398. (7) Bel et Chenel, 249. (8) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 19. (9) Nuwayri, VI, 259 ; IX, 130. (10) Māwardi, 62.

textes sacrés ) qui sont les héritiers des prophètes ». Le ḳāḍi est désormais considéré comme l'héritier du Prophète lui-même : « De « même qu'il a hérité du Prophète de Dieu sa science, il en a hérité « son pouvoir judiciaire[1] ».

Le caractère religieux et désintéressé de la fonction judiciaire implique, son caractère gratuit, tout au moins en principe[2]. L'institution du salaire est un pis-aller[3]. La vertu de certains ḳāḍi qui auraient servi gratuitement est célébrée par les historiens[4].

Les diplômes d'investiture des ḳāḍi débutent par des prescriptions ayant pour objet la stricte observation des devoirs religieux : crainte de Dieu, lecture du Coran, étude des ḥadīṯ, accomplissement des prières. Les cérémonies d'intronisation des ḳāḍi auront un cachet religieux : c'est à la mosquée que sera lu l'acte de nomination et que se déroulera la solennité de l'investiture. C'est aussi à la mosqué que se tiendra l'audience du ḳāḍi ; et, aux Šafiites, qui sont d'avis qu'il est préférable que l'audience se tienne dans un autre lieu, les Ḥanafites rétorquent que la mosquée est bien le lieu par excellence, pour rendre la justice, puisqu'elle est un acte de dévotion[5].

En conséquence de ce caractère religieux, le ḳāḍi sera spécialement qualifié pour l'exercice des attributions qui se rattachent au culte. Il sera le préposé à la garde des mosquées[6], l'intendant des biens *waḳf*[7]. Il cumulera parfois avec ses fonctions celles de *mu'aḏdin*[8] et de *ḫaṭīb* ( prédicateur )[9]. Il présidera la prière du Vendredi ; et, lorsque dans les années de sécheresse, les populations vont dans les campagnes implorer la bienveillance d'Allah, c'est le ḳāḍi qui se met à leur tête et préside à la prière de *l'istiḳā'*[10] ; et c'est lui qui, dans les cérémonies funéraires, fera la prière rituelle. C'est lui encore qui annoncera l'apparition de la lune, pour ouvrir la période du jeûne de Ramaḍān[11]. L'abjuration de sa foi par un non-musulman et sa conversion à l'Islam se font entre les mains du ḳāḍi[12].

L'affirmation du caractère religieux de la fonction kadiale, et, d'autre part, la pénétration de l'élément religieux dans presque toutes les institutions du droit public, entraîneront encore des consé-

(1) 'Umari, 116. (2) Lammens, *Etudes*, 105. (3) Ḳaḍiḥān, II, 351. (4) Ibn Baškuwāl, 331 ; Ibn 'Asākir, V, 373. (5) Marġināni, III. 83. (6) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 219. (7) Māwardi, éd. Enger, 219. (8) Ibn Baškuwāl, 602. (9) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 584, 588. (10) Ibn Baškuwāl, 578. (11) *Wulāt*, 370. (12) Nuwayri, IX, 145.

quences notables quant à l'étendue des attributions du ḳāḍi. Elles lui attribueront des compétences qui sont de nature essentiellement politique. Ainsi, le concours du ḳāḍi sera jugé nécessaire pour légitimer religieusement la déchéance ou même la mise à mort d'un héritier présomptif du trône, d'un calife ou de tout autre prince régnant, d'un prétendant, -- pour justifier l'établissement ou l'augmentation d'un impôt, etc...

L'extension la plus considérable de compétence en matière religieuse reconnue au ḳāḍi apparaît dans un texte de Maḳrīzi. D'après cet auteur, sous la dynastie des Mamlūk, « rien de ce qui était de na- « ture religieuse n'échappait à la compétence ḳāḍi al-ḳuḍāt » (لا يخرج شيء من الامور الدينية عنه)[1].

Dans les solennités d'intronisation d'un sultan et de son investiture par le calife, les grands ḳāḍi entoureront ce dernier, comme représentants de la tradition juridique et religieuse[2].

Beaucoup de kāḍi se spécialiseront dans cette branche de la science religieuse, le ḥadīṯ ; ce seront des *muḥadditūn*, personnages d'un caractère religieux fortement accentué.

La présence d'un kāḍi au sein d'une communauté musulmane, soumise au pouvoir infidèle, constituera un élément unificateur du groupement et le signe de sa religion islamique. « Ṣalāḥ Al-dīn, raconte Ibn Šaddād, fit son entrée « dans Ǧablah, le douze du mois. « Or, il y avait dans cette ville des musulmans et un kāḍi, jugeant parmi eux[3] ».

Le costume des kāḍi, le distinguant des autres classes de la société, constituera un signe de fonctions religieuses.

Par suite de la concentration de divers actes du culte entre les mains des kāḍi, il n'est pas étonnant que le corps de la magistrature kadiale prenne, en dépit des principes fondamentaux de l'Islam, les apparences d'un clergé.

Le caractère religieux de la fonction judiciaire n'est apparu que dans le cours de l'évolution historique. Lorsqu'on parcourt les chro-

(1) Maḳrīzi, II, 246. (2) Gaudefroy-Demombynes, *Hist. de la Syrie*, introd., XXII.
(3) Ibn Šaddād, 81.

niques des kāḍi du Ier siècle H., on n'a nullement l'impression de se trouver en présence de personnages à caractère religieux ; et, toutes les compétences de nature religieuse n'ont commencé à venir au magistrat qu'à partir de la deuxième moitié du IIe siècle H.. Toutefois, on discerne, dès les origines, des éléments qui portaient le germe du mouvement. Le fait que la compétence du kāḍi était restreinte à la communauté des adeptes de la nouvelle religion, et que, par conséquent, l'institution d'un kāḍi était signe de religion musulmane, devait retentir nécessairement sur le caractère de la personne même qui se trouvait investie de cette compétence. N'ayant à juger qu'entre musulmans parce que musulmans, il était tout naturel que le kāḍi apparût comme le représentant qualifié de la religion musulmane. Le lieu où se réunissaient les musulmans, lorsqu'il y avait un procès à trancher, c'était le lieu qui naturellement était destiné à grouper les membres de la même communauté : la mosquée. C'est ainsi que les Aġāni nous apprennent que le poète Aḫṭal, quoique chrétien, se rendait à la mosquée, où il rendait la justice parmi les Bakrites musulmans[1]. D'autre part, on voit, dans la nomenclature de Kindi, que quelques-uns des premiers kāḍi de l'Islam avaient commencé par être, avant leur nomination, des *ḳuṣṣāṣ*, c'est-à-dire, de ces gens qui colportaient, et racontaient en public, des légendes et des traditions religieuses, tenaient des propos édifiants et avaient ainsi un caractère religieux[2]. Au demeurant, le plus grand éloge que la Tradition pouvaient faire d'un kāḍi, c'était de le représenter comme ne cessant de lire le Coran, et le retenant par cœur[3].

La fonction judiciaire et le titre de kāḍi finissent par revêtir un caractère religieux si prononcé qu'au début du IXe siècle (838/1434) un historien s'étonne qu'un musulman récemment converti du christianisme ait pu être nommé à cette fonction et porter le titre de kāḍi[4]. C'est l'avènement du califat abbasside qui a dû donner à cette tendance une très vive impulsion. L'influence persane a dû jouer, à cet égard, un rôle décisif. L'on sait dans quelle mesure cette influen-

(1) *Aġāni*, VII, 179. (2) La profession du *ḳaṣṣās* s'appelle *ḳaṣaṣ*. On distingue deux sortes de *ḳaṣas* : le *ḳaṣaṣ al-'amma*, qui consiste dans l'exercice libre de la profession, dans les rues ou autres endroits publics : il fut condamné par la loi ; et le *ḳaḳaṣ al-ḫāṣṣa*, réglementé par les pouvoirs publics qui en désignent le titulaire. Le premier *ḳāṣ*, personnage officiel en Islam, aurait été Sulaym ibn 'Itr, ḳāḍi d'Egypte, qui fut nommé au *ḳaṣaṣ* par le calife Mu'āwiya. Un traitement spécial est affecté à cette fonction. Les Umayyades voyaient d'un bon œil l'exercice de cette profession, dont les titulaires étaient chargés de maudire les 'Alides et de dire des prières pour la dynastie des Umayyades' (Maḳrīzi, IV, 175 ; *Wulāt*, 317). (3) *Wulāt*, 307. (4) Abu Al-Maḥāsin, VI 5

ce s'est exercée sur les institutions de l'Etat musulman, à quel point, sous son action, le droit reçut une empreinte religieuse[1]. L'institution judiciaire n'a pas échappé à son action. Or, nous savons qu'en Perse l'organisation judiciaire était essentiellement religieuse et ecclésiastique. Il est tout naturel de penser que lorsque les Abbassides adoptèrent l'institution du kāḍi al-kuḍāt — qui n'était qu'une réplique du *mobedan-mobed* persan — cette institution ait charrié avec elle les caractéristiques religieuses qu'elle avait dans son pays d'origine.

Peut-être, faut-il encore citer, à cet égard, l'influence des coutumes des provinces byzantines. Dans les divers recueils de droit inspirés du Coutumier syro-romain, en effet, la justice apparaît comme une fonction de caractère religieux. L'administration d'une bonne justice est un acte pour lequel on sera récompensé dans l'autre vie. « Les juges équitables et justes, déclare le *Kitāb al-huda*, seront pla-« cés. au jour de la Résurrection, à la droite de Dieu, sur des sièges « de lumière... en compagnie des Anges ; ceux, au contraire, qui sui-« vent leur passion et jugent injustement, négligeant la loi de Dieu, « seront précipités au fond de la géhenne et souffriront avec les démons[2] ». Le juge doit s'inspirer de la loi même de Dieu, la loi de l'Evangile. Dans un autre passage, encore plus caractéristique, le même recueil recommande aux hommes de se soumettre docilement aux sentences du juge, « car, dit-il, sa parole est la parole de vérité « elle n'est pas sa parole à lui, mais une parole exprimant la voix de « Dieu, telle qu'elle se trouve dans son Livre[3] ». Les juges des chrétiens sont recrutés dans le clergé, et nous avons constaté plus haut qu'avant l'invasion arabe, les évêques exerçaient normalement la juridiction.

(1) Cf. Goldziher, *Vorlesungen*, 2e éd., 45. (2) *Kitāb al-huda*, 194.
(3) *Kitāb al-huda*, 181.

CHAPITRE TROISIÈME

# L'ADMINISTRATION JUDICIAIRE

## Section I. — L'autorité compétente en matière d'administration judiciaire

L'administration judiciaire, et, en particulier, la détermination des autorités compétentes en matière de nomination aux postes de judicature, dépendent étroitement de la constitution politique de l'Etat et des circonstances diverses qui ont caractérisé l'évolution des régimes dans les diverses contrées du monde musulman. Avec l'affermissement de l'empire musulman et de la constitution de l'institution étatique, la conception de la délégation de la justice va aller en s'estompant pour laisser place à la conception de la nomination par le pouvoir exécutif. Sans doute, le chef suprême de l'Etat sera toujours considéré comme le titulaire du pouvoir judiciaire et les kāḍi comme ses simples délégués ; mais, de plus en plus, ce chef sera, en fait, détourné de l'exercice de la justice, et se réservera seulement la prérogative de pourvoir aux postes judiciaires importants. C'est ainsi que, le principe de la justice retenue restant toujours maintenu, il se produira une situation de fait qui présente certaines caractéristiques du principe de la séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire. Cette situation se traduira dans la terminologie. La désignation d'un juge ne portera plus dans le langage officiel et le langage courant le nom de *istināba*, mais le nom même qui s'applique à la nomination proprement dite de tous les fonctionnaires de l'Etat : *taḳlīd*, *tawliya*, termes qui impliquent essentiellement la notion d'investiture d'une autorité conféré par un supérieur à un inférieur[1].

(1) Cf. *supra*, p. 105. Sans doute, le terme de *istināba* peut bien figurer dans le corps de l'acte de nomination, pour exprimer la délégation de pouvoir faite au juge ; mais ce n'est pas le nom technique et officiel de l'acte d'investiture.

Le kāḍi n'est plus rattaché seulement à celui qui l'a institué, mais aussi au siège de sa fonction et au district soumis à sa juridiction ; ce n'est plus le kāḍi de tel calife ou de tel gouverneur, mais le kāḍi de telle ville et de telle région[1]. La notion de délégation-mandat se cantonnera dans le domaine des rapports entre le kāḍi d'une région et les divers kāḍi qu'il a pouvoir d'y instituer. Ceux-là seuls resteront considérés comme de véritables « lieutenants » ou « vicaires » (*nā'ib*). C'est au sein du corps judiciaire, et non plus dans les rapports entre la magistrature et le pouvoir exécutif, apparemment, que la notion de délégation se maintient.

La réglementation de la compétence en matière d'administration judiciaire a passé par quatres phases successives[2]. Dans une première période, qui va des origines à l'an 155/771, ce sont les gouverneurs des provinces qui pourvoient à la nomination des kāḍi de leur ressort ou, tout au moins, du kāḍi principal de la capitale, lequel a pouvoir de désigner les kāḍi des divers districts de la province. Dans une deuxième période, qui va de l'an 155/771 jusqu'à l'avènement des Tulunides, en Egypte, en 254-868, c'est le pouvoir central, le calife, qui se réserve le droit de nomination. La troisième phase, qui s'étend de 254/868 à 350/961, est marquée par des alternatives diverses de nominations par le pouvoir central et par les gouverneurs de province qui tendent de plus en plus à s'ériger en rois indépendants. La quatrième période, enfin, s'ouvre avec l'avènement de la puissance faṭimite, en Egypte et la constitution d'un nouvel Etat qui s'arroge le droit de nomination, en écartant toute intervention du pouvoir central originaire de Bagdad.

## §. 1er — Première période : des origines à l'an 155/771

Cette période est occupée dans sa majeure partie par les actions de conquête et de consolidation de la structure externe de l'Etat ainsi que par les longues et sanglantes luttes intestines qui se déroulent entre diverses factions arabes. L'attention des califes n'est pas encore attirée par le problème de l'organisation administrative et ju-

(1) Cette division en périodes chronologiques ne peut, naturellement, avoir rien de rigoureux ; et elle ne vaut pas, en général, que pour la partie orientale du monde musulman.
(2) Sans doute, aussi, on désignait souvent, anciennement les ḳāḍi par l'expression : ḳāḍi de telle province ; mais c'était l'autre appellation qui prévalait et qui apparaissait comme la plus technique.

diciaire. Par ailleurs, l'institution judiciaire ne présente pas encore cette extension qu'elle acquerra par la suite, du fait que la compétence des kāḍi se trouvait encore restreinte à des groupes de musulmans relativement peu nombreux, le passage à la nouvelle religion n'ayant encore fait très largement son œuvre.

Les gouverneurs, confrontés aux nécessités pratiques, devaient aviser à la désignation de juges pour le règlement des litiges qui surgissaient au sein de la communauté. Ce pouvoir de nomination, ils le tiraient non point d'un droit à eux conféré explicitement ou implicitement par le calife, mais de leur statut propre et des obligations mêmes de leurs fonctions. Nous avons déjà vu, en effet, que les gouverneurs musulmans, héritiers des anciens gouverneurs byzantins, étaient personnellement les titulaires de la juridiction, et qu'ils exerçaient, en fait, cette juridiction. D'ailleurs, les autorités administratives locales exerçaient, elles aussi, de leur côté, la justice dans les diverses contrées de la province. Le principe théorique, que dégagera par la suite, la doctrine, en indiquant parmi les attributions de gouverneurs le pouvoir de juridiction et de nomination aux postes judiciaires, n'est, nous semble-t-il, que la consécration d'un état de fait et de droit préexistant. L'œuvre de la doctrine consistera, au contraire, à chercher à restreindre la puissance des gouverneurs, en les rattachant solidement au pouvoir central, représenté comme le seul titulaire de tous les pouvoirs, qu'il ne fait que déléguer à ses subordonnés.

Abstraction faite des nombreuses traditions apocryphes d'après lesquelles les premiers califes dits *rāšidūn* et leurs successeurs au cours de la période que nous étudions, auraient eux-mêmes procédé à la nomination de certains ḳāḍi aussi bien dans les provinces que dans leur capitale, des textes historiques authentiques, rédigés en dehors des préoccupations apologétiques, nous fournissent des renseignements très précieux.

L'historien Ya'kūbi rapporte que le calife abbasside Manṣūr (136/753 - 158/774) a été « le premier calife qui ait procédé lui-même à la nomination de kāḍi dans les provinces[1] ». Plus particulièrement, Ibn Ḫallikān indique dans la notice biographique du juge Al-Ǧāfiḳi, que ce fut Manṣūr qui le désigna au poste de kāḍi d'Egypte, en l'an 155/771 et qu'il « fut le premier kāḍi d'Egypte à être nom-

(1) Ya'ḳūbi, II, 469 ; cf. Mez, 207.

« mé par le calife » ; qu'avant cette date, c'étaient les gouverneurs de la province qui désignaient les kāḍi[1]. Si nous consultons maintenant les Annales judiciaires d'Egypte, de Kindi, nous y trouvons, à propos du même ḳāḍi, Al-Ǧafiḳi, une confirmation du même fait : « Ce fut le premier ḳāḍi d'Egypte nommé par le calife[2] ». Par ailleurs, Kindi prend soin toujours de citer le nom de différents gouverneurs qui ont procédé à des nominations de magistrats en Egypte. Un autre témoignage est tiré de l'histoire judiciaire de l'Espagne arabe. Au début de ses Annales de juges de Cordoue, Ḫušāni nous apprend qu'en « Andalousie, avant l'entrée des califes, c'étaient le *'um-* « *māl, émirs* et *wulāt* ( expressions qui désignent les gouverneurs et « les commandants d'armées ) qui nommaient les ḳāḍi... Les ḳāḍi, ajoute le chroniqueur, jugeaient pour le compte des émirs[3] ». Ce texte de Ḫušāni prouve que la règle de la nomination des ḳāḍi par les gouverneurs était une règle générale, suivie aussi bien dans les provinces rapprochées que dans les provinces éloignées du centre du califat de Bagdad. Aussi, très nombreux sont les textes, dans les annales et chroniques d'histoire, particulièrement dans l'ouvrage de Kindi, qui rapportent des cas de nomination de ḳāḍi par les gouverneurs de province.

Naturellement, la pratique nouvelle de la nomination par le pouvoir central ne s'est pas instituée à une même date fixe, pour toutes les contrées. Des textes que nous venons de citer, il ressort que c'est en Espagne qu'elle commença à apparaître, car « l'entrée des califes » en Andalousie se place en l'an 138 de l'Hégire, soit 17 ans avant la date indiquée par Ibn-Ḫallikān et Ya'ḳūbi comme étant celle de la nomination des ḳāḍi de provinces par le calife de Bagdad Manṣūr. Cette initiative du premier roi d'Andalousie est certainement une conséquence de la constitution de ce nouveau royaume, et une manifestation d'indépendance à l'égard du califat abbasside ennemi. Mais, même dans les territoires restés soumis aux Abbassides, la pratique nouvelle ne s'institue que par étapes. C'est Ya'ḳūbi qui nous apprend, par exemple, que ce n'est que sous le califat de Mahdi, successeur de Manṣūr, que la ville de Médine, au Hedjaz reçut un ḳāḍi nommé par Bagdad[4].

Naturellement, le pouvoir de nomination des ḳāḍi par les gouverneurs n'était qu'un des aspects de leur attribut essentiel et per-

(1) Ibn Ḫalliḳān, I, 313. (2) *Wulāt*, 370. (3) Ḫušāni, 18.
(4) Ya'ḳūbi, II, 484.

sonnel de détenteurs de la juridiction, et c'est pourquoi, il comportait nécessairement aussi le pouvoir disciplinaire, et particulièrement le pouvoir de révocation. De même qu'il cite les noms des gouverneurs qui ont nommé les ḳāḍi d'Egypte, Kindi, suivant la carrière de chacun d'eux, rapporte certaines anecdotes qui indiquent comment les gouverneurs continuaient à exercer un contrôle direct sur l'exercice de la justice. Ce sont les gouverneurs qui fixent librement le traitement de leurs ḳāḍi, et qui leur accordent, parfois, certaines rémunérations supplémentaires[1] ; — ce sont les gouverneurs qui confient à certains ḳāḍi, en plus de leurs fonctions judiciaires, d'autres charges comme celle de la *šurṭa* ou de la garde du Trésor ; ce sont eux qui révoquent les ḳāḍi, suivant un pouvoir absolument discrétionnaire, sans même que la victime de cette mesure songe à en référer au calife.

Toutefois cette compétence des gouverneurs ne portait pas préjudice au pouvoir suprême des califes, lesquels interviennent quelques fois dans la nomination des ḳāḍi. Si l'on écarte le cas de la nomination du premier ḳāḍi d'Egypte, Ḳays ibn Al-'Aṣ, par 'Umar, qui semble être du domaine de la légende[2], on relève dans la nomenclature de Kindi, trois ḳāḍi d'Egypte nommés les califes umayyades, en 98/716, 100/718 et 105/723.

Mais ce ne furent là que des exceptions, qui ne tirèrent pas à conséquence. Elles eurent une portée si restreinte que l'annaliste Kindi lui-même qui les rapporte ne croit pas se contredire en affirmant ensuite, comme nous l'avons déjà vu, que c'est Manṣūr qui fut le premier calife à s'occuper de nomination de ḳāḍi en Egypte. Aussi cette intervention du pouvoir central fut-elle éphémère, et les gouverneurs ne tardèrent pas à reprendre l'exercice de leur droit traditionnel ; c'est ainsi qu'à partir de la mort de Yaḥya ibn Maymūn, tous les ḳāḍi d'Egypte furent nommés et révoqués par les gouverneurs de cette province.

Il reste à savoir si, dans toute l'étendue de sa province, le gouverneur pourvoyait encore lui-même aux différents postes de judicature ; ou bien si le ḳāḍi de la capitale, nommé seul par le gouverneur, avait lui-même ce pouvoir de nomination pour tous les autres postes. Cette question, il est vrai, ne présente pas, quant à notre

(1) *Wulāt*, 517, 377, 421. (2) Kindi lui-même ne rapporte pas cette tradition comme indiscutée ( *Wulāi*, 380 ; *adde* Suyūṭi, II, 87 ).

période, un très grand intérêt pratique, étant donné le nombre très restreint de postes de ḳāḍi existant en dehors de la capitale. Nous avons déjà vu, en effet, que jusqu'à la fin du premier siècle, c'était encore le *ṣāḥib-al-kūra*, le chef de la circonscription administrative, qui exerçait la justice, et qu'en cas de difficultés on recourait directement au gouverneur. Quoi qu'il en soit, lorsque des communautés musulmanes se développeront dans divers centres, aucun texte ne nous rapporte que le ḳāḍi de la capitale y ait lui-même désigné des juges : ou bien, c'est le gouverneur de la province qui le faisait, — si l'on admet qu'il y ait eu des magistrats judiciaires distincts dans les districts, — ou bien, c'était le gouverneur du district. Mais au siège même de leurs fonctions, les ḳāḍi de la capitale avaient pouvoir de se substituer des vicaires. Ainsi, lorsque Ḫayr ibn Nu'aym, ḳāḍi d'Egypte en 133/750, tombe malade, il se fait lui-même suppléer par son greffier[2]. De même, lorsque le ḳāḍi d'Egypte, ( en l'an 135/752 ) Ġawṯ ibn Sulaymān, accompagne le gouverneur en dehors de la capitale, il désigne lui-même un vicaire pour le suppléer pendant son absence[3].

## §. 2. — Deuxième période : de l'an 155/771 à l'an 254/868

Cette période marque l'apogée de l'empire musulman sans la dynastie abbasside ; elle est caractérisée par la constitution d'un pouvoir central puissant. Ce pouvoir, copié sur le modèle persan, centralise tous les services de l'Etat, et, en particulier, celui de la justice. Dorénavant, tous les ḳāḍi des grands ressorts provinciaux aussi bien que ceux de la capitale seront, en principe, nommé par Bagdad. C'est ce qu'affirment les textes que nous avons cités plus haut. Pour assurer efficacement cette centralisation, le califat abbasside adoptera l'institution persane du *mobed mobedan*, sous le nom de *ḳaḍā' al-ḳuḍāt*, قضاء القضاة, institution qui sera appelée à jouer un rôle important en Islam et dont nous retracerons plus loin le développement historique. Le titulaire de cette charge — *le ḳāḍi al-ḳuḍāt* — sorte de ḳāḍi en chef — aura la haute main sur l'administration générale de la justice, au nom et pour compte de son délégant, le calife. C'est ainsi qu'en Egypte, nous voyons, à partir de l'an 155/771, une succession de ḳāḍi nommés directement par Bagdad,

(1) *Wulāt*, 311. (2) *Wulāt*, 358. (3) *Wulāt*, 355.

jusqu'à l'avènement des princes tulunides qui commencèrent à secouer le joug du pouvoir central. D'après l'annaliste Abū Al-Maḥāsin, les nominations par Bagdad auraient commencé une année avant la date fixée par les historiens que nous avons cités. C'est en l'an 154/770, que Manṣūr aurait nommé un certain Yaḥya ibn Ḥamza, ḳāḍi à Damas[1]. A Kūfa, le même calife commença par nommer Šarīk al-Naḫ'ī[2], sur l'ordre de Harūn Al-Rašīd[3]. Le poste de Baṣra est confié à Yaḥya ibn Akṯam, qui deviendra par la suite ḳāḍi al-ḳuḍāt, sous le règne de Ma'mūn[4]. En l'an 246/860, c'est Mutawakkil qui désigne Bakkār ibn Ḳutayba, ḳāḍi d'Egypte ; avec ce dernier se clôt la deuxième période.

Naturellement, l'intervention du pouvoir central dans la nomination des magistrats judiciaires ne s'est pas produite d'un seul coup et n'a pas été le résultat d'une décision prise à une date fixe et appliquée immédiatement et uniformément à toutes les parties de l'empire[5].

Cette même centralisation des services judiciaires, nous la rencontrons dans l'Espagne musulmane avec un caractère encore plus accentué. Dès l'avènement des Umayyades dans ce pays, vers la fin de la première moitié du IIe siècle H., toutes les nominations sont faites par le Prince lui-même, aussi bien dans la capitale, à Cordoue, que dans les autres ressorts importants[6]. Nous pouvons consulter dans les annales de Ḫušāni la succession des ḳāḍi de Cordoue, tous nommés par le souverain ; mais la nomination aux postes de province par le pouvoir central est aussi certaine. C'est le prince Ḥakam ibn Hišām qui en 180/796 « délivre un diplôme d'investiture » au nommé 'Abd Al-Karmi pour le siège de Saragosse, Huesca et dépendances[7] ; c'est Hišām ibn 'Abd Al-Raḥmān ( 172/788 - 180/796 ) qui nomme Ibn Abi-Salama, ḳāḍi de Tolède[8] ; c'est 'Abd Al-Raḥmān ( 206/821 - 238/852 ) qui nomme au poste de la province de Jaen[9].

Mais l'exercice de cette prérogative par le pouvoir central n'alla pas sans quelques exceptions. C'est ainsi qu'après une série de ḳāḍi d'Egypte, nommés par les cinq califes qui se sont succédé après Manṣūr, nous voyons, de nouveau, sept ḳāḍi nommés successivement

(1) Abū Al-Maḥāsin, II, 22. (2) Ya'ḳūbi, II, 469 ; Yāḳūt, VI, 201 ; Ibn Ḫallikān, éd, Wüstenfeld, III, 114. (3) Yāḳūt, VI, 201. (4) Ibn Ḫallikān, II, 288 ; Ibn al-Ǧawzi, 58. (5) V. *supra*, 107. (6) Cf. Maḳrīzi, IV, 143. (7) Ibd Abbār, *Ḥulla*, 73. (8) Bel et Chéneb, 270. (9) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 635.

par les gouverneurs de cette province. Cette nouvelle série commença par le ḳāḍi, Ibrahim ibn Al-Bakka, en 196/811 et finit avec 'Isa ibn Al-Munkadir, en 214/829. Mais cette ingérence des gouverneurs n'apparaît pas, en la circonstance, comme un retour à la pratique de la période précédente et un signe d'indépendance à l'égard du pouvoir central. Elle constitue plutôt l'exercice d'une autorisation tacite donnée par le calife à ses représentants directs, agissant dans les limites de leur délégation. C'est pourquoi, sans aucune transition, sans que se produise aucun fait révélant un regain particulier d'autorité du pouvoir central, ce pouvoir reprend l'exercice direct de l'administration judiciaire. Après le décès du ḳāḍi Ibn Al-Munkadir, les ḳāḍi sont de nouveau nommés par Bagdad.

Il arrivait aussi parfois que le gouverneur désignât le ḳāḍi, dans l'attente d'une confirmation de Bagdad : Al-Mufaḍḍil ibn Fuḍāla, ayant été nommé par le gouverneur d'Egypte, Al-Muhallabi, en 170/786, reçut par la suite son diplôme d'investiture du calife Hārūn Al-Rašīd[1].

Nous verrons plus loin à combien de démarches, d'intrigues et de moyens de corruption, donnait lieu le plus souvent la nomination d'un ḳāḍi. On pourrait être tenté de croire que l'éloignement du lieu où devait se faire cette nomination était de nature à mettre un frein à ces manœuvres. Mais les candidats et leurs partisans n'étaient souvent pas arrêtés par cet obstacle. Des délégations se formaient parfois, qui se rendaient, par exemple, du Caire à Bagdad, pour protester contre une nomination ou pour appuyer une candidature et le souverain n'opposait pas toujours une fin de non-recevoir à ces démarches[2].

Comme pour les gouverneurs de la précédente période, le droit de nomination comportait, pour le pouvoir central, le droit de révocation des magistrats. Dans sa chronique, Kindi rapporte les divers cas de révocation de ḳāḍi d'Egypte par ordre de Bagdad[3]. En principe, les ḳāḍi qui sont nommés par le calife ne peuvent être révoqués que par un ordre du calife ; et c'est pourquoi, les intrigues qui se nouent contre l'un d'eux vont s'exercer à Bagdad et non au Caire, auprès du gouverneur. Lorsqu'un ḳāḍi veut démissionner, il s'adresse au calife directement, reconnu ainsi comme seul qualifié pour le relever de ses fonctions[4].

(1) *Wulāt*, 385. (2) *Wulāt*, 369. (3) *Wulāt*, 373, 411. (4) Abū Al-Maḥāsin, II, 185.

D'ailleurs, ce double pouvoir de nomination et de révocation ne constitue qu'un des aspects du pouvoir supérieur de juridiction proprement dite et d'administration judiciaire — de « politique judiciaire سياسة القضاء », suivant l'expression du ḳāḍi al-ḳudāt, Yaḥya ibn Aktam[1] — que possédaient les califes. Le calife fixe librement le traitement du magistrat qu'il nomme[2]. Des recours contre les décisions des ḳāḍi étaient portés devant le souverain[3]. De même, c'est à Bagdad qu'on s'adresse lorsqu'on a à se plaindre de la conduite d'un magistrat. Abū-Yūsof recommande au calife Hārūn Al-Rašīd de charger ses gouverneurs de province du contrôle des magistrats[4]. A la suite d'abus commis par le ḳāḍi d'Egypte, Al-Layt, Mutawakkil donne ordre au gouverneur de cette province de « raser la tête et la barbe « du ḳāḍi, de le fustiger et, de le promener, porté sur un âne, par « toute la ville de Fusṭāt ; de le mettre ensuite en prison[5] ». Lorsque le même calife destitue, en 237/851, le grand ḳāḍi Aḥmad abi Da'ūd, il « confisque ses villages et ses biens et emprisonne son fils Abū « Al-Walīd et tous ses autres enfants[6]». Nous verrons plus loin, en étudiant la procédure de *maẓālim*, du contrôle et de la discipline judiciaires, comment s'exerçaient dans tous leurs détails ces prérogatives du pouvoir central à l'égard des magistrats. Notons encore ici que ces prérogatives ne se bornaient pas seulement à l'exercice proprement dit de la fonction mais comportaient encore le contrôle de l'orthodoxie religieuse des ḳāḍi. C'est ainsi que lorsque le calife Ma'mūn, ayant embrassé la doctrine mu'tazilite du «Coran créé», voulut l'imposer à tous ses sujets, il donna ordre à tous ses gouverneurs de destituer les ḳāḍi de leurs provinces qui ne se déclareraient pas adeptes de cette doctrine[7].

Le pouvoir de nomination des califes se limitait à la capitale de leur empire et au chef-lieu de chaque province. Mais on ne trouve pas encore des textes qui nous montrent les juges désignés par le pouvoir central déléguant des « lieutenants » ou « nā'ib » pour les ressorts secondaires. Il semble que, pour cette période comme pour la précédente, l'organisation kadiale ne s'était pas encore entièrement généralisée ; que l'institution du ḳāḍi se restreignait aux grands centres, en dehors desquels la justice continuait à être rendue par les autorités administratives locales.

(1) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, II, 85. (2) Abū-Yūsof, 222 ; *Wulāt*, 507. (3) *Wulāt*, 398, 414 ; *Wulāt*, 475. (4) Abū-Yūsof, 220. (5) *Wulāt*, 466. (6) Ibn Al-Aṯīr, VII, 51. (7) Ibn 'Asākir, II, 455 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 218.

L'ingérence du pouvoir central dans la nomination et la discipline des ḳāḍi n'entamait cependant pas considérablement l'autorité des gouverneurs sur eux. De même que nous avons vu que ces gouverneurs étaient autorisés parfois à procéder eux-mêmes à la nomination de ḳāḍi, ils avaient le droit de mettre fin à leur mandat et ils exerçaient souvent cette prérogative, comme le démontre la chronique de Kindi[1]. Le ḳāḍi du chef-lieu de la province est appelé le « ḳāḍi du gouverneur » et non le ḳāḍi du calife. C'est le gouverneur qui fixe les émoluments du magistrat qu'il nomme[2]. C'est lui qui contrôle encore leur conduite et exerce sur eux le pouvoir disciplinaire. Ainsi, un gouverneur d'Egypte fait subir la peine du fouet au ḳāḍi révoqué Ibn Abi-Layṯ et l'oblige à la restitution des sommes qu'il avait détournées[3].

**Le kadi al-kudat** (قاضي القضاة) — Nous avons déjà à plusieurs reprises rencontré ce personnage ; et en particulier, nous venons de voir que, créé au cours de la période que nous étudions maintenant, il avait la haute main sur toute l'administration judiciaire de l'empire[4]. Il est donc naturel qu'avant d'aller plus loin, nous présentions un exposé succinct de cette importante institution.

*Origines* — L'institution du *ḳaḍā' al-ḳuḍāt* est un des signes les plus caractéristiques de l'organisation de la justice en Islam et de la centralisation de l'administration judiciaire, de la volonté du pouvoir suprême de s'assurer le contrôle sur l'exercice de la juridiction dans toute l'étendue de l'empire. Elle ne constitue d'ailleurs qu'un des aspects de l'œuvre de constitution et de centralisation des services publics, entreprise à l'époque abbasside, sous l'influence des idées et des institutions publiques de la Perse sassanide.

Il est généralement admis que c'est sous le règne du célèbre calife Hārūn Al-Rašīd que le poste de ḳāḍi de Bagdad fut transformé en poste de *ḳāḍi al-ḳuḍāt*. « Le premier qui fut appelé du nom de « ḳādi al-ḳudāt fut Abū-Yūsof ibn Ya'kūb », disent les historiens[5]. Or,

(1) *Wulāt*, 420, 421, 429, 441 etc. (2) *Wulāt*, 435. (3) Abū Al-Maḥāsin, II- 289. (4) C'était parmi les ḳāḍi de divers ressorts de l'empire ou les titulaires de fonctions judiciaires connexes à la juridiction proprement dite que le calife choisissait son ḳāḍi suprême. Ainsi, le célèbre Yaḥya Ibn Akṯam était ḳāḍi de Baṣra lorsqu'il fut distingué par Ma'mūn ; Ibn Fuṭays exerçait les fonctions des maẓālim avant d'être promu au poste de ḳāḍi al-ǧamā'a d'Andalousie (Ibn Baškuwāl, 406). (5) Suyūṭi, *Kinz*, 182; Ibn Ḫallikān, éd. Wüst., N° 834; Abū Al-Maḥāsin, I, 508 ; *adde*, Maḳrīzi, IV, 144.

Abū-Yūsof est mort en l'an 182/798[1]. Nous devons donc placer entre les années 786 et 798 de l'ère chrétienne l'institution du nouvel organisme. Nous ne possédons pas de documents nous permettant de localiser ce fait historique d'une façon plus précise.

Nous avons déjà fait allusion à l'origine persane de l'institution. Nous devons en reprendre ici avec plus de détails la démonstration. Une première présomption en sa faveur résulte du fait que l'avènement de la nouvelle institution est contemporaine du vaste mouvement d'emprunts aux institutions persanes qui a été entrepris par la dynastie abbasside, emprunts qui sont déjà unanimement reconnus et établis par la science orientaliste. C'est à eux ( les rois perses ) dit Ǧāḥiẓ, « que nous avons emprunté les principes de gou« vernement, l'organisation des affaires privées et publiques, l'admi« nistration des sujets[2] ». De fait, l'on trouve dans les auteurs arabes les plus anciens et, en particulier, dans les auteurs contemporains de l'avènement de la nouvelle institution en Islam, des arguments plus précis et plus directs. Dans l'esprit de Ǧāḥiẓ, le *mobedan-mobed* persan correspond exactement au ḳāḍi al-ḳuḍāt musulman : et c'est pourquoi lorsqu'il parle du mobedan-mobed, il traduit ce titre par celui de ḳāḍi al-ḳuḍāt, sans marquer quelque différence entre ces deux appellations. C'est ainsi qu'il dit que « lorsque Sapor ( roi perse « sassanide ) chercha un successeur au mobedan-mobed qui venait « de mourir, il lui fut indiqué un homme de la province de Istaḫr, « présentant les qualités requises pour la fonction de *ḳaḍā' al-ḳuḍāt*...[3]». Ibn Sa'd, dans ses *Ṭabāḳāt*, ne fait aussi aucune distinction entre les deux magistratures. Voulant vanter la science et les mérites d'un personnage, il nous dit : « Si Abū-Kilāba était persan, il aurait été « élevé au rang de mobed-mobedan, c'est-à-dire, de ḳāḍi al-ḳuḍāt[4] ». L'historien Wāḳidi nous rapporte dans son ouvrage « *Futūḥ Al-Ajam* » une anecdote qui révèle le même état d'esprit. « Les habi« tants de Istaḫr, dit-il, s'assemblèrent un jour et se mirent d'accord « sur le choix d'un homme, appelé mobedan, qui est chez les Perses « l'équivalent du ḳāḍi al-ḳuḍāt[5] ».

Le traducteur arabe de la *Šahnāmeh*, de Firdusi, établit la même analogie entre les deux institutions. Il est rapporté dans cet ou-

(1) D'après certains auteurs, Abū-Yūsof serait mort en 183/799 ( Ḥaǧǧi-Ḫalfa, I, 430 ). (2) Ǧāḥiẓ, *Kitāb al-tāǧ*, 23. (3) Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, 15. (4) Ibn Sa'd, VII, 134. (5) Wāḳidi, *Futūḥ*, 115. On retrouve la même correspondance entre les termes et les institutions *in* Mas'ūdi, trad. De Meynard, II, 156, 211 ; *Tanbīh*, 103. Cf. *Encycl. Islām*, V° *Mobedh*.

vrage que le roi Chosroès, ayant ordonné la diminution du chiffre des impôts, fit rédiger cette nouvelle réglementation en trois exemplaires dont il remit une copie au wazīr... une autre, aux agents du fisc, et une troisième, au *mobed-mobedan*, qui est le ḳāḍi al-ḳuḍāt, afin d'empêcher les agents ( du fisc ) et les personnes chargées de la perception des impôts d'exiger plus que le taux légal[1]. Il résulte plus particulièrement de ce texte arabe de la Šahnāmeh que le terme même de ḳāḍi al-ḳuḍāt, étranger encore à la langue arabe, a dû être emprunté au persan. Le mot, pour désigner l'institution, n'existait pas en arabe : et l'on peut en conclure, avec l'appui des autres arguments précités, que, en l'espèce, l'inexistence du mot signifiait nécessairement l'inexistence de la chose.

**Le kadi al-gama'a de l'Espagne musulmane.** — Presque en même temps qu'apparaissait en Orient l'institution du ḳāḍi al-ḳuḍāt, une institution analogue voyait le jour en Espagne, sous le nom de *ḳaḍā' al-ǧamā'a* ( قضاء الجماعة[2]). L'annaliste judiciaire Ḫušāni raconte que « lorsque 'Abd Al-Raḥmān ibn Mu'āwiya entra à Cordoue, il y avait « dans cette ville un ḳāḍi, du nom de Yazīd ibn Yaḥya Al-Taǧībi. On « l'appelait, ainsi que les ḳāḍi, qui l'avaient précédé : tel, ḳāḍi du « ǧund[3]. Mais lorsque Al-Fihri se retrancha dans Grenade et que « l'émir 'Abd Al-Raḥmān ibn Mu'āwiya le contraignit à se rendre, il « exigea que cette capitulation se fît devant le kāḍi. Celui-ci s'étant « présenté, l'émir écrivit sur la lettre du *muḳāḍāt* : ceci a été fait en « présence de Yazīd ibn Yaḥya, *ḳāḍi al-ǧamā'a*. Or, cette appellation « du ḳāḍi de ḳāḍi al-ǧamā'a a été une innovation qui n'existait pas « précédemment[4] ».

Ce texte important de Ḫušani va nous permettre, en premier lieu, de fixer exactement la date de la création de cette nouvelle institution. On sait tout d'abord que 'Abd Al-Raḥmān ibn Mu'āwiya, fuyant la terreur abbasside qui sévissait contre tous les membres de la dynastie des Umayyades, s'était réfugié dans le Maġreb et, débar-

(1) *Šahnāmeh*, II, 123. (2) La traduction littérale de cette expression est la suivante : la justice (ou le pouvoir judiciaire) de la communauté (islamique). V. *infra*, I, 132, n. 1. (3) Cette expression ne signifie pas : juge des soldats ; car le terme *ǧund* n'est pas pris ici dans son sens originaire ( soldat ) mais dans son autre sens qu'il avait acquis par la suite, à savoir : circonscription territoriale, étant donné que le territoire du royaume était divisé en districts placés sous l'autorité de chefs militaires. Il ne faudrait, donc, pas confondre la fonction du ḳāḍi al-ǧund avec celle de ḳāḍi al-'askar, ( V. *infra*, cette rubrique ; cf. Lévi-Provençal, *Hist. de l'Espagne musulmane*, III, 118 ; Gaudefroy-Demombynes, *in Rev. des éd. islam.*, 1939, 112 ). (4) Ḫušāni, 28.

quant en Andalousie, ne tardait pas à y grouper de nombreux partisans et à se faire reconnaître comme prince indépendant. La date de l'avènement de 'Abd Al-Raḥmān est généralement fixée en l'année 130/747[1]. Quant à la date de l'expédition de ce prince contre Fihri et sa victoire sur lui, à Grenade, on peut la localiser entre les années 138/755 et 141/758. En effet, c'est en l'année 141 que, d'après tous les annalistes, Fihri, emmené prisonnier, après sa défaite en 138, put s'enfuir de Cordoue et organiser un soulèvement contre 'Abd Al-Raḥmān[2]. Du rapprochement de ces diverses dates, on peut conclure, en connexion avec le texte de Ḫušāni, que c'est entre lesdites années 138/755 et 141/758 que se place la création du nouvel organisme du ḳaḍā' al-ǧamā'a[3].

Mais il ne nous semble pas qu'il y ait entre le ḳāḍi al-ḳuḍāt de l'Empire abbasside et le ḳāḍi al'ǧamā'a d'Andalousie une identité d'origine ni une identité de nature. Rien ne nous permet d'affirmer que l'émir 'Abd Al-Rahmān, en donnant au juge de la capitale de son nouveau royaume, le titre de « ḳāḍi de la communauté », se soit inspiré de l'exemple persan. En effet, toutes les circonstances qui plongèrent la dynastie abbasside en plein milieu persan et l'amenèrent à subir ses multiples influences sont, de toute évidence, restées étrangères à la dynastie umayyade d'Espagne. D'ailleurs, à la date où se produisit l'événement dans cette région, les influences persanes n'avaient pas encore produit leur effet en ce qui touche notre institution, à Bagdad même. Il ne serait donc pas, pour le moins, logique de penser que les Umayyades d'Espagne eussent subi une influence persane avant les Abbassides de Bagdad.

D'autre part, on ne peut pas aussi penser que l'institution andalouse ait constitué un emprunt et une copie de l'institution abbasside étant donné que le ḳaḍā' al-ǧamā'a apparut plusieurs années avant le ḳāḍi al-ḳuḍāt, comme cela ressort du rapprochement des dates que nous avons indiquées[4].

Au demeurant, il nous paraît que, au moins dans le principe, il

(1) D'après certains auteurs, cet événement se serait produit en 139/756 (Ibn al-Aṯīr, *Tārīḫ*, V, 200). (2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 120; Maḳḳari, I, 156; Ibn Al-Aṯīr, *op. cit.*, V, 200; Fagnan, *Annales*, 99 ss. (3) Si l'on admet avec certains historiens (Viardot, *Hist. des Arabes d'Espagne*, I, 115; Dozy, *Hist. musulm. d'Espagne*, I, 357) que la bataille de Grenade a eu lieu en 139/756, on pourrait fixer exactement à cette année la date de création du *ḳaḍā' al-ǧamā'a*. (4) Contrairement à ce que pense Lévi-Provençal (*op. cit.*, 119).

y eut une véritable différence de nature entre les deux institutions. La différence de l'appellation est déjà assez frappante. Alors que l'expression de ḳāḍi al-ḳuḍāt implique le sens de supériorité hiérarchique, un sens de pouvoir d'administration judiciaire, l'expression de ḳāḍi al-ǧamā'a n'évoque aucune idée de ce genre. Essentiellement, elle signifie : le juge de la communauté (des musulmans) ; donc, par opposition aux juges des autres communautés[1]. Aussi bien, on parle également d'un *ustāz al-ǧamā'a* (la personne qui enseigne la lecture du Coran à une communauté de musulmans[2]), on parle d'un *ḳāḍi al-ǧamā'a*, pour une époque et une ville (fin Ier siècle H., la Mecque) pour lesquelles il ne peut, en aucune façon, s'agir d'un kāḍi al-kuḍāt ; on veut désigner par là le juge de la communauté des musulmans de la ville[3]. Bien mieux encore, le juge du groupe des musulmans à la bataille du Yarmūk (15/636) est appelé ḳāḍi al-ǧamā'a[4]. L'expression indiquerait tout au plus un pouvoir juridictionnel général, s'étendant, non seulement à une circonscription territoriale déterminée, mais à toute la communauté des musulmans, habitant le territoire. Et, de fait, rien n'indique, dans les circonstances — relatées par Ḫušāni — oú le titre fut créé par 'Abd Al-Raḥmān, que ce prince ait voulu l'assortir d'un pouvoir hiérarchique et administratif supérieur. Tout ce que l'on peut inférer de ces circonstances, c'est que 'Abd Al-Raḥmān, créant un nouveau royaume indépendant, a voulu placer auprès de lui un représentant particulièrement qualifié du pouvoir judiciaire de l'Etat. Dans les mêmes conditions, les Umayyades d'Espagne avaient auprès d'eux un fonctionnaire religieux, chargé de la direction de la Prière dans la mosquée principale de la ville; et cette charge, aussi bien, portait le « nom de *Ṣalāt al-ǧamā'a*[5] ». Or, on ne pourrait croire que cette fonction impliquait une organisation hiérarchique du service religieux, dans toute l'étendue du royaume.

En fait l'attribution principale du ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Orient, qui consiste dans l'administration générale judiciaire, la nomination et la révocation des juges, reste étrangère au ḳāḍi al-ǧamā'a d'Occident. On ne rencontre, tout au moins jusqu'à uue époque relativement tardive, aucun cas de nomination de ḳāḍi, faite par le ḳāḍi al-ǧamā'a; aucun de ces textes — si nombreux lorsqu'il s'agit du ḳādi al-ḳuḍāt — qui montre ce magistrat se substituant des « nā'ib » ou vicaires, dans les diverses régions du royaume. Toutes les nominations sont faites par le prince lui-même. Les exemples de ces nominations sont

(1) Ḫušāni, 16. (2) Cf. *supra*, 126, 137. (3) Maḳḳari, III, 40.
(4) Ibn Ḫallikān, I, 314. (5) Ibn 'Asākir, VI, 406.

nombreux[1]. Sans doute, il est plus que probable que le souverain ne manquait pas de consulter le ḳāḍi de sa capitale pour toutes les affaires d'administration judiciaire ; mais il ne s'agissait que d'un avis consultatif, qui n'était pas la manifestation d'une compétence attachée à la fonction du magistrat consulté. Aussi bien, le souverain demandait conseil quelquefois, pour la désignation de ses ḳāḍi, à de simples particuliers, reconnus pour leur talent et leur intégrité, tel ce Yaḥya ibn Yaḥya, favori de l'émir Hišām ibn 'Abd Al-Raḥmān, sans que le ḳāḍi al-ǧamā'a fût consulté lui-même. Ce prince, dit Maḳrīzi, « ne nommait un ḳāḍi dans toute l'Andalousie que suivant l'avis et « sur présentation de Yaḥya ibn Yaḥya[2] ». Ce texte a d'autant plus de valeur qu'il vient comme suite à un autre dans lequel l'auteur rapporte que Abū-Yūsof, nommé ḳāḍi par Hārūn Al-Rašīd, était devenu son homme de confiance et que ce calife ne procédait à la nomination d'un ḳāḍi dans une de ses provinces que sur son avis conforme. Or, nous savons que Abū-Yūsof était le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Hārūn Al-Rašīd. Si le ḳāḍi al-ǧamā'a de Cordoue avait eu les mêmes attributions que le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad, Maḳrīzi l'aurait signalé; au lieu de parler d'un juriste, simple particulier, comme étant le conseiller du prince d'Andalousie, pour les nominations judiciaires.

Cependant, une évolution va se dessiner, tendant à rapprocher l'institution du kaḍā' al-ǧamā'a de celle du kaḍā' al-kuḍāt. La situation exceptionnelle qui est faite au kāḍi al-ǧamā'a, ayant préséance sur tous les autres juges du royaume, placé auprès du souverain, constituera une circonstance très favorable pour donner à ce *primus inter pares* une autorité effective sur l'administration judiciaire. Il bénéficiera aussi de l'affaiblissement de l'autorité personnelle du souverain, de la multiplicité de ses attributions qui ne lui permet plus de s'occuper directement des affaires d'administration judiciaire — des effets de la centralisation qui se produit inévitablement dans les services de l'Etat, pour apparaître comme l'organisme le plus qualifié pour se substituer au pouvoir royal dans l'exercice de ses prérogatives judiciaires dans toute l'étendue du royaume. D'autre part, la consolidation définitive du kaḍā' al-kuḍāt, son développement considérable dans l'empire abbasside, comme dans tous les royaumes qui en sont issus, ont dû, très probablement, exercer sur l'institution concurrente d'Occident une forte influence.

(1) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 635 ; Ḫušāni, 72 ; Ibn Abbār, *Ḥulla*, 73. (2) Maḳrīzi, IV, 144.

C'est ainsi que, dès la fin du IIe siècle H., nous voyons le kādi al-ǧamā'a commencer à exercer une certaine autorité sur les kādi des provinces. Ḫušāni nous apprend que des plaintes ayant été présentées par la population de la province de Jaen contre leur kādi, Ḥakam ( 180/796 - 206/821 ) charge le kādi al-ǧamā'a, de procéder à une enquête, en lui donnant pouvoir de destituer le juge, le cas échéant[1]. Dans un autre texte, qui paraît postérieur au IIIe siècle H., le kādi al-ǧamā'a de Cordoue procède lui-même à une nomination de juge en province[2].

La tendance à l'assimilation entre les deux organismes apparaîtra dans la terminologie. Dès du début du VI s. h. ( 405/1010 ), nous commençons à voir l'appellation du kādi al-kudāt employée couramment, en Occident, pour désigner le kādi al-ǧamā'a[3]. Lorsque, après la chute des Umayyades, de petits royaumes indépendants se constituent en Espagne, et revendiquent chacun le droit d'avoir un kādi suprême, ce kādi est appelé aussi bien kādi al-kudāt. C'est ainsi qu'on parle du « kādi al-kudāt de Séville », au début du VIe siècle[4] H., du kādi al-kudāt du Šark[5], du Maġreb[6], de Murcie[7]. Les auteurs ne font plus de distinction entre les deux titres et les deux fonctions. Lorsque l'historien Makkari parle de la justice dans l'Espagne musulmane, ne marque à cet égard aucune différence. « Le kādi al-kudāt, y est appelé, dit-il, kādi al-kudat ou kadi al-ǧama'a[8] ». Dans un autre passage, parlant d'un personnage, il dit qu'il fut nommé au poste de kada' al-ǧama'a « qu'on appelle, en Orient kadi al-kudat[9] ». Les juristes de la basse époque représentent le kadi al-ǧama'a comme ayant les mêmes attributions que le kadi al-kudat d'Orient : il a autorité sur tous les autres juges, il leur donne des instructions, il exerce le pouvoir disciplinaire sur eux, etc... Ibn Farḥūn. juriste de la fin de VIIIe siècle H., expose les règles que doit suivre le kadi al-ǧama'a, lorsqu'un kadi ordinaire lui demande des instructions, relativement à sa fonction[10], dans le contrôle et la discipline des juges. Le kadi al-ǧama'a, dit-il, doit « surveiller la conduite de ses kadi et « na'ib, examiner leurs jugements, se renseigner sur leur conduite dans le monde etc.[11] ».

(1) Ḫušāni, II, cf. Lévi-Provençal, *op. cit*, 120. (2) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 8. (3) Lévi-Provençal. *op. cit.* 120 ; Ibn Baškuwāl, 527. (4) Maḳḳari, I, 347. (5) Bel et Chéneb. 80 : *Mu'ǧam*, 33, 40. (6) Ibn Abbār, *Ḥulla*, 161. (7) Bel et Chéneb, *op. cit.*, 89. (8) Maḳḳari, I, 103. (9) Maḳḳari, I, 338. (10) Ibn Farḥūn, II, 43. (11) Ibn Farḥūn, I, 62.

Nous pouvons donc conclure que les deux institutions, issues d'origines historiques différentes, et de points de départ distincts, mais répondant à des besoins analogues, ont fini par se rencontrer et se confondre presque complètement[1].

*Evolution.* — Dans le développement historique de l'institution du kadi al-kudat, on distingue trois phases bien nettes. Cette évolution est en étroite connexion avec le développement politique des Etats musulmans et les divers événements qui, après l'unification du monde musulman, ont provoqué l'éclosion de dynasties indépendantes et la constitution de provinces autonomes ; de telle sorte que l'on peut dire que l'organisme du kada' al-kudat est un des signes auquel on peut reconnaître et mesurer le degré d'indépendance de la formation politique dont il fait partie. Pour plus de commodité, nous examinerons ce développement historique dans le monde musulman oriental, sans négliger toutefois les remarques que suggère le développement de l'institution, en Occident, qui s'est poursuivi, d'ailleurs, dans des circonstances analogues.

I. — La première phase s'étend de la création de l'institution jusqu'à l'année 374/984. Pendant toute cette période, l'empire abbasside avait conservé plus ou moins son unité. Si des principautés autonomes, comme celles des Tulunides et des Iḫšidites, en Egypte, celle des Ḥamdanides, en Syrie, se sont constituées au sein de cet empire, elle n'en sont pas moins restées sous la suzeraineté de principe du calife de Bagdad, et elles ne songent pas à revêtir toutes les formes et à adopter toutes les institutions caractéristiques du califat. Au cours de ces deux siècles, il n'y a qu'un seul kadi al-kudat, celui de Bagdad. Le prestige et la puissance du kadi al-kudat de la capitale se mesurera au prestige et à la puissance du califat abbasside lui-même, alors au faîte de son apogée. Le kadi al-kudat n'est pas seulement le grand-maître de l'ordre judiciaire, il est aussi un des personnages les plus rapprochés du calife, son conseiller intime, pour toutes les affaires de l'empire. Si sa personnalité est particulièrement forte, le calife lui donnera le pas sur tous les autres dignitaires de son entourage. Cette situation acquise par le kadi al-kudat se manifestera dans le langage même. Ainsi, l'historien Tayfūr, pour relater l'accession de Yaḥya ibn Akṯam, au poste de kadi al-kudat, dit — expression absolument équivalente dans l'esprit de l'auteur — que

(1) C'est sous les réserves que nous indiquons que nous pouvons retenir l'opinion de Lévi-Provençal (*L'Espagne musulmane*, 83).

le calife Ma'mūn le prit comme wazīr : استوزره, et il ajoute qu'il acquit sur le calife une influence prépondérante[1].

Un passage de Ibn Baṭūṭa pourrait faire croire que vers le milieu du IIIe siècle H., il y avait déjà un kadi al-kudat, en Egypte. Cet écrivain, rapportant un incident que nous avons déjà eu l'occasion de mentionner, raconte qu'en l'an 236/850 un « ordre était arrivé du ca- « life Mutawakkil au gouverneur d'Egypte, de raser la barbe de kadi « al-kudat d'Egypte, de le bâtonner et de le promener, monté sur un « âne, dans les rues de la ville[2] ». Mais ce texte n'est aucunement probant. Nous croyons que l'expression de l'écrivain a dépassé sa pensée. Ibn Baṭūta est un historien assez superficiel ; et, sans doute, vivant en une période où l'institution du kadi al-kudat était depuis très longtemps établie en Egypte et entrée dans les mœurs, il n'a pas cherché à savoir s'il en était de même à l'époque de l'événement qu'il rapportait[3]. Au surplus, Ibn Baṭūṭa est démenti par un texte formel de Ibn Ḥağar, historien plus sérieux, et que nous allons plus retrouver bientôt.

Les chefs des diverses principautés autonomes qui s'érigent dans l'empire abbasside se contentent d'exercer un droit de regard sur la nomination du kadi de leur capitale que décide toujours le kadi al-kudat de Bagdad, ou, tout au plus, ils procèdent eux-mêmes à cette nomination, sans aller jusqu'à instituer un kadi al-kudat, chez eux. Le kada' al-kudat est encore, à cette période, signe non seulement d'Etat autonome, mais aussi de califat. Ainsi, les Tulunides et les Iḫšidides ne songent pas à adopter une institution propre au califat de Bagdad.

II. — La deuxième phase s'ouvre avec l'avènement des Fatimi-

(1) Tayfūr, 256. Cela ne signifie pas que Ibn Akṯam fut nommé comme ministre, charge qu'il aurait cumulée avec celle de grand juge, mais qu'il a été, en fait, le principal assistant, collaborateur et conseiller intime du souverain. (2) Ibn Baṭūṭa, 289. (3) Il est vrai qu'on trouve un texte identique dans Suyūṭi, avec une différence d'une année de date (Suyūṭi, *Tārīḫ*, 138), et il est probable que Ibn Baṭūṭa n'a fait que copier Suyūṭi avec une erreur de date. Mais les mêmes arguments — sauf celui relatif à la valeur de l'historien — peuvent être employés contre Suyūṭi et ils nous portent à écarter son témoignage. D'ailleurs, Kindi qui raconte le même événement avec plus de précision et de détails, ne fait aucune mention du titre du ḳāḍi al-ḳuḍāt. Le ḳāḍi dont il s'agit est Ibn abi Al-Layṯ, juge d'Egypte de l'année 226/840, jusqu'à la fin de l'année 237/851 (*Wulāt*, 456), et aucun document historique ne rapporte que ce personnage ait occupé un poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt.

tes. L'autorité de Bagdad est définitivement compromise ; le centre du monde musulman se déplace et se fixe au Caire ; un nouveau califat s'y institue. Les nouveaux maîtres s'entourent de tout l'apparat et adoptent tous les organismes qui sont la marque de la primauté ; et alors qu'à Bagdad, les califes abbassides continuent à avoir leur kāḍi al-kudat, ayant, en théorie, suivant son diplôme d'investiture, juridiction et autorité sur tout le monde musulman[1], les Fatimites instituent, auprès d'eux, un poste de kadi al-kudat pour toute l'étendue de leur royaume. C'est sous le règne de Ḥakim, que le mouvement est déclenché. En installant le kadi du Caire, Ibn Ḥayyūn, en 374/984, le calife fatimite lui donna pouvoir sur « le Caire, l'Egypte, la Syrie, Al-Ḥaramayn, le Maġreb[2] ». « Il fut alors appelé kadi al-kudat », dit Ibn Ḥaǧar, « parce que en vertu de son *siǧill*[3], il avait autorité sur toutes les provinces[4] ». Mais, jusque-là, comme cela apparaît de ce texte et d'un autre du même auteur que nous allons rapporter, le titre de ḳāḍi al-ḳuḍāt n'est employé que dans la pratique seulement, pour exprimer une situation de fait. Ce n'est qu'avec le deuxième successeur de Ibn Ḥayyūn, son fils Ḥusayn, que le titre est consacré officiellement. Nommé en 390/999[5], ledit Ḥusayn est « pour la première fois » en Egypte, formellement désigné, dans son diplôme d'investiture, du titre de ḳāḍi al-kuḍāt[6]. A partir de ce moment, il s'établira une succession de kāḍi al-ḳuḍāt, jusqu'au début de la période mamluk.

Le mouvement ainsi établi par les Fatimites va prendre une ampleur exorbitante, engendrant des conséquences, qui ne seront pas en harmonie complète avec le principe originaire. L'institution, perdant beaucoup de son prestige et de sa valeur, ne sera plus exclusivement signe d'indépendance véritable et de dignité califienne, tout à la fois, mais seulement d'indépendance, voire de simple autonomie. C'est d'abord dans les régions qui sont restées nominalement sous l'autorité de Bagdad que l'on voit une floraison de ḳāḍi al-ḳuḍāt. Ainsi, au VI^e siècle H., il y a un kāḍi al-ḳuḍāt dans la province du

(1) Nous trouvons dans certains ouvrages des actes d'investiture de ce genre, émanés de Bagdad, en pleine décadence abbasside. Ainsi, le calife Mustaršid (512/1118-529/1134), nommant le ḳāḍi al-ḳuḍāt, Abū Al-Kāsim, lui donne pouvoir sur toute l'étendue du monde musulman, exactement dans les mêmes termes que ceux qui étaient employés durant l'apogée de la puissance abbasside (Ḳalḳ., X, 264 ; Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162), cf. un autre acte conçu dans les mêmes termes, du calife Nāsir (622/1225-685/1286 : Ḳalḳ., X, 286). (2) Maḳrīzi, IV, 157. (3) Terme qui désigne l'acte de nomination (du latin *sigillum*). (4) *Wulāt*, 590 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, 91. (5) D'après Ibn Burd, cette nomination aurait eu lieu en 389. (6) *Wulāt*, 597.

Ray[1] ; il y en a un autre dans la province de Ahwāz[2], un troisième à Diyarbakr[3]. Dans les territoires relevant nominalement de la puissance fatimite mais qui étaient tombés sous le pouvoir de Nourradin fils de Zanki, oncle de Saladin, se créent de nouveaux sièges de ḳāḍi al-kuḍāt. Ainsi Kamāl Al-dīn Al-Šahzūri est le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Damas, vers l'année 562/1166.

Le même phénomène se produit en Occident, à la suite de la décadence de la dynastie umayyade et de la constitution des principautés dites des « *Ṭawā'if* ». Séville devenue, à partir de l'année 414/1023, la capitale de la dynastie indépendante des Abadites, a son ḳāḍi al-ḳudāt propre[4]. Saragosse, capitale d'une autre dynastie indépendante dès les débuts du V^e siècle H., a un ḳāḍi al-ǧamā'a[5]. Il y a un ḳāḍi al-ḳuḍāt de la région dite du Maġreb[6], de celle de Murcie[7], de la région du Sa'īd et de Aḫmīn[8]. A plus forte raison, lorsque se constituent les dynasties des Almoravides et des Almohades, elles ne manquent pas de suivre cette même tradition. Ainsi, il y a au VI^e siècle H. un ḳāḍi al-ǧamā'a à Marrākiš, capitale des Almoravides[9].

III. — La situation se maintient de la sorte pendant toute la période fatimite[10], la période ayyūbite et le commencement de la période mamluk. Une nouvelle phase s'ouvre quelques années après l'avènement de la première dynastie mamluk, dite des Mamluk bahriṭes ou turcs, sous le règne du sultan Baybars. Un nouveau facteur, de nature juridico-religieux, intervient dans l'évolution de l'institution, s'ajoutant au facteur politique. Au sein du même Etat, il n'y aura plus un seul ḳāḍi al-ḳuḍāt, mais plusieurs, suivant le nombre des maḏhab. Les adeptes de chacun de ces maḏhab, hanafite, šafiite, malékite, ḥanbalite, voudront avoir un ḳāḍi al-ḳudāt distinct, afin

(1) Yāḳūt, V, 249. (2) Yāḳūt, III, 57. (3) Ibn 'Asākir, IV, 285. (4) Maḳari, I, 346 ; Ibn Abbār, *Takmila*, II, 529, 682. (5) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 49. 120. (6) Ibn Abbār, *Ḥulla*, 161. (7) Bel et Chéneb, 80, 89 ; *Mu'ǧām*, 40. (8) Ibn Baškuwāl, 527. (9) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 620 ; I, 62, 375. (10) La pluralité de ḳāḍi al-ḳuḍāt aurait-elle existé déjà sous les Fatimites ? Un texte de Ibn Muyassar ( *in* Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 99 s. ) rapporte que, en l'an 525/1131, le ministre fatimite institua quatre postes de ḳāḍi pour les maḏhab šafiite, malékite, isma'ilite, imamite, et qu'avant « cette date on n'avait pas entendu parler d'une telle chose ». S'agissait-il de postes de ḳāḍi al-ḳuḍāt ou de ḳāḍi ordinaires ? Dans ce dernier sens, on pourrait invoquer la teneur même du texte qui ne parle que de kadi ; mais ce qui tendrait à faire croire qu'il s'agissait de ḳāḍi al-ḳuḍāt, c'est que dans la suite du texte Suyūṭi observe que la réforme avait été reprise en son temps ( sous les Mamluk ) où il y eut quatre kāḍi pour les quatres maḏhab ». Suyūti emploie toujours simplement le même terme de kāḍi, alors qu'il est certain qu'il s'agissait de ḳāḍi al-ḳuḍāt.

d'assurer l'application des principes de leur madhab à leurs litiges. A cette époque, la constitution des différents madhab était définitivement fixée et leurs antagonismes étaient arrivé à son point culminant. En même temps, l'ancienne tradition s'était maintenue et même accentuée, à tel point que de simples provinces, de l'Etat mamluk, possèdent leur ḳāḍi al-kuḍāt. Mais du fait même de l'unité politique, l'institution subit une profonde transformation : le kāḍi al-kuḍāt, qui était signe d'indépendance, tout au moins d'autonomie, qui était institué dans la région indépendante ou autonome précisément pour écarter l'autorité d'un autre organisme judiciaire supérieur, n'est plus, dans les provinces où il existe que le subordonné du ḳāḍi al-kuḍāt du pouvoir central. Le ḳāḍi al-kuḍāt provincial n'est plus ḳāḍi al-ḳuḍāt que de nom ; en réalité, c'est un *nā'ib*, un vicaire de ḳāḍi al-ḳuḍāt de la capitale. C'est ce qui explique la remarque de Suyūṭi, suivant laquelle « les simples vicaires des kāḍi al-kuḍāt de l'ancienne « époque avaient beaucoup plus de pouvoirs que les kāḍi al-ḳudāt actuels[1] ». Mais il n'en reste pas moins que l'ancienne tradition, latente, ne manque pas de se réaffirmer dès qu'apparaissent des circonstances favorables. Ainsi, lorsque des provinces du sultanat mamluk, profitant d'un fléchissement du pouvoir central, secouent le joug et acquièrent l'autonomie politique, leur ḳāḍi al-ḳuḍāt prennent l'allure et exercent les prérogatives véritables de leur fonction, comme nous aurons l'occasion de le démontrer bientôt.

Ce fut en l'année 663/1264 que le sultan Baybars institua, à côté du poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite, précédemment existant, trois nouveaux postes de même genre pour les trois autres madhab ḥanafite, malékite, ḥanbalite. Des explications diverses de cette mesure sont données par les chroniqueurs : refus par le ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite de rendre un jugement conforme au désir du souverain ; — refus de ce même magistrat, d'autoriser l'exécution des jugements rendues par les magistrats des madhab autres que le sien ; — son refus d'autoriser que la cérémonie de la *ḫuṭba* du vendredi ait lieu, non seulement dans la mosquée principale de la ville, mais, aussi, dans une autre mosquée, les principes du madhab šafiite ne permettant pas l'accomplissement de plus d'une cérémonie unique dans la même ville[2].

Un facteur que ne relèvent pas les annalistes et qui, pourtant, a

(1) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162.

(2) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 100, 140 ; *Tārīḫ*, 193 ; Ḳalḳ., XI, 174.

probablement constitué le véritable motif de la décision de Baybars, est que les Mamluk turcs, étrangers au pays et de madhab ḥanafite, admettaient difficilement qu'il n'y eût pas un juge supérieur du madhab de leur propre dynastie, ce qui a amené le sultan à généraliser la mesure en en faisant bénéficier les autres rites.

Un traitement égal fut alloué aux ḳāḍi al-ḳuḍāt des quatres rites. Mais, par mesure politique et pour mieux faire accepter l'innovation, le sultan mamluk accorda au magistrat šafiite une situation prééminente parmi ses collègues — situation que ce magistrat conservera toujours — tant au point de vue de la préséance qu'au point de vue des pouvoirs effectifs, et ce, non seulement au Caire, mais dans toutes les capitales de provinces qui auront des magistrats de deux ou plusieurs rites. Dans les cérémonies officielles, et, plus spécialement aux audiences de justice tenues par le sultan, le ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite occupera toujours la première place ; — il aura seul pouvoir de nommer aux divers postes judiciaires du royaume en dehors de la capitale, quel que doive être le rite du titulaire de la charge[1]. Cette dernière prérogative ne fut pas accordée au ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite dès le principe, mais seulement en l'année 675/1276, par le successeur de Baybars, le sultan Ḳalawūn[2]. C'est lui seul qui a l'administration des biens des orphelins et autres biens vacants et compétence en matière de testaments[3]. De ce fait, la situation des autres ḳāḍi al-ḳuḍāt en tant que tels, apparaît comme purement honorifique. Ils n'ont pouvoir de déléguer et d'instituer des « vicaires-nā'ib » que dans la ville où il se trouvent, à l'instar des simples magistrats de district.

Quelque temps après l'établissement des quatre ḳāḍi al-ḳuḍāt, au Caire, le même mouvement est amorcé dans les autres provinces syriennes, celles tout au moins constituant les grandes *niyāba*, sortes de vice-royautés, jouissant d'une large autonomie[4]. La première de ces provinces, qui eut ses quatre ḳāḍi al-kuḍāt fut celle de Damas. Nous ne sommes pas fixés sur la date exacte de cet événement; la plupart des textes se contentent de dire que « l'institution des quatre kāḍi eut lieu à Damas après l'Egypte[5] ». Cependant un texte de Suyūṭi nous permet tout au moins de localiser cet événement entre les années 663/1264 et 676/1277, date de la fin du règne de Baybars. En effet, après avoir rapporté le fait de l'établissement des

(1) Ḳalḳ., 174. (2) Ḳalḳ., XI, 251. (3) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 42; Suyūṭi, *Tārīḫ*, 193 ; Ibn Baṭūṭa, I, 24. (4) Sur l'organisation de ces provinces, cf. l'exposé de M. Gaudefroy-Demombynes, *La Syrie à l'époque des Mamluk*. (5) Ḳalḳ., IV, 221.

quatre kāḍi al-kuḍāt en Egypte, Suyūṭi ajoute : « Puis il ( Baybars ) fit la même chose à Damas[1] ». Mais les quatre ḳāḍi al-ḳuḍāt ne furent pas institués à Damas à une même date, mais successivement, le šafiite étant apparu le premier[2]. Cela se comprend, non seulement parce qu'on ne pouvait pas songer dès le début à traiter sur un pied d'égalité le Caire, capitale du royaume, et Damas, simple chef-lieu de province, mais aussi parce que Damas n'avait pas encore même un seul kāḍi en chef et que c'était déjà une innovation considérable que de lui en avoir donné un. Cependant, le texte de Suyūṭi tend à faire croire que c'est durant le règne de Baybars que la création successive des quatre postes eut lieu à Damas. Alep ne tarda pas à suivre l'exemple[3]. Il en fut de même de Tripoli[4], Ḥama[5] et Safad[6]. Mais dans la sixième niyāba, celle de Karak, il n'y eut toujours qu'un seul ḳāḍi al-ḳuḍāt, de madhab šafiite[7].

En Egypte même, la région d'Alexandrie, élevée au rang de niyāba en 767/1365, commença par avoir un ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite[8]. Il ne tarda pas à être supplanté par un malékite[9] auquel fut adjoint par la suite un ḥanafite[10]. Mais l'autorité de ces magistrats était restreinte à la ville et sa banlieue, le reste de la circonscription relevant du Caire[11].

Tous ces hauts magistrats des diverses niyāba sont nommés par le Caire. Cependant, lorsque certaines de ces vice-royautés arrivent à acquérir un plus grand degré d'autonomie, leurs kāḍi al-kuḍāt ne relèvent plus toujours du Caire. Ḳalḳašandi raconte que le « roi » de Ḥama disposait librement de la nomination de ses juges et il rapporte les termes d'un 'ahd ( diplôme d'investiture ) accordé par le sultan mamluk, Ibn Ḳalawūn, au chef de cette province, en 732/1331 où il le confirme dans le pouvoir de nommer librement les ḳāḍi[12]. Dans un autre passage, le même auteur nous apprend que, parfois, les vice-rois des grandes niyāba, comme Damas, Alep, nommaient eux-mêmes les ḳāḍi al-ḳuḍāt, sous réserve d'une confirmation des « Portes sultaniennes[13] ».

L'autorité du ḳāḍi al-ḳuḍāt s'étendait aussi bien au territoire de la niyāba principale à laquelle il était affecté qu'aux petites niyāba qui lui étaient rattachées. Ainsi, relevaient de Damas les niyāba de

(1) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 193. (2) Ḳalḳ., IV, 221. (3) Ḳalḳ., *eod loc.*, XII, 155. (4) Ḳalḳ., XII, 182. (5) Ḳalḳ., XII, 204. (6) Ḳalḳ., XII, 211. (7) Ḳalḳ., XII, 213. (8) Ḳalḳ,, XI, 411. (9) Ḳalḳ., XI, 408. (10) Ḳalk., IV, 63. (11) Ḳalk., *eod. loc.*, XI, 408. (12) Ḳalk., X, 186. (13) Ḳalk., XII, 281.

Jérusalem, Ǧazza, Ḥims, Misyaf ; d'Alep relevaient onze petites niyāba ; de Tripoli, cinq, etc... Or, c'était, en principe, le ḳāḍi al-ḳuḍāt de la niyāba principale qui pourvoyait aux postes de judicature des niyāba des secondaires[1]. Mais il n'en était pas toujours ainsi ; et souvent le pouvoir central, au Caire, se réservait le droit de nomination des magistrats de ces niyāba, comme celle de leurs chefs administratif et militaire[2]. Ces interventions intermittentes du pouvoir central dans l'exercice d'une des prérogatives les plus importantes du ḳāḍi al-ḳuḍāt des grandes provinces autonomes fait encore mieux ressortir la dégénérescence de l'institution, par suite de l'ampleur factice qu'elle avait acquise.

Cette situation se maintient jusqu'à la fin de la période mamluk, en 923/1517, date à laquelle s'arrêtent nos recherches.

Mais, avant de quitter cette matière, il y a lieu de revenir, un moment, sur la condition juridique du magistrat en chef. Il ne faut pas oublier qu'il est, avant tout, un juge, dont les attributions primordiales sont des attributions essentiellement juridictionnelles. Il rend la justice au même titre que les autres magistrats. Quant à ses attributions en matière d'administration judiciaire, par lesquelles le ḳāḍi al-ḳuḍāt se distingue des autres magistrats, il y a lieu de remarquer qu'il ne les exerce qu'à titre de premier délégué, du calife ou du sultan. En théorie, la personnalité du ḳāḍi al-ḳuḍāt est assez effacée. Māwardi, en exposant les règles de nomination des ḳāḍi, n'en fait aucune mention : le personnage dont émane les nominations de juges, c'est le calife ; et pourtant, à l'époque où Māwardi rédigeait son ouvrage de droit public, l'institution du ḳāḍi al-ḳuḍāt avait déjà pris un grand développement. Si nous la considérons à ses origines, elle ne nous apparaît pas comme ayant comporté un droit propre et autonome d'administration judiciaire. Suivant le texte déjà cité de Makrīzi, le rôle que jouait le premier ḳāḍi al-ḳuḍāt, Abū-Yūsof, était simplement un rôle de « présentation », de « recommandation » auprès du souverain, de qui émanait personnellement l'acte d'investiture. C'est pourquoi, comme pour la nomination de tous les magistrats, l'acte de nomination du grand juge est, suivant la formule employée, un acte de désignation d'un « vicaire » ( *nā'ib* ), avec toutes les caractéristiques de précarité que comportait cette situation. Lorsque, avec l'affaiblissement du pouvoir personnel du calife, les puissants minis-

(1) Ḳalk., IX, 225. (2) Pour les niyāba de Jérusalem et de Ġazza, cf. Gaudefroy-Demombynes, *op. cit.*, 175, 177, n. 2.

nistres ( *wuzara* ), exerceront en fait et en droit l'autorité souveraine, ce seront ces ministres qui délègueront aux fonctions de ḳāḍi al-ḳuḍāt. Māwardi nous dit, en effet, que les ministres « ont le droit « d'exercer eux-mêmes la justice et de nommer les juges[1] ». Makrīzi ajoute, pour la période postérieure, que lorsque le *wazīr* était tout-puissant, c'était lui qui se substituait le ḳāḍi al-ḳuḍāt, à titre de nā'ib[2].

A la fin des IIIe et IVe siècles H., alors que l'institution du ḳāḍi al-kuḍāt avait atteint son apogée ; que le titulaire de cette charge envoyait aux diverses provinces ses ordres de nomination ou de destitution de magistrats, les textes ne parlent pas toujours d'ordres, de « lettres » émanés du grand juge, mais, souvent, du calife lui-même. Ainsi, lorsque le kaḍi al-kuḍat Ibn abi Al-Šawārib désigne un kadi d'Egypte, le diplôme d'investiture de ce dernier émane du calife Ḳāhir[3]. Dans un autre acte de nomination d'un magistrat de province, sous le califat de Ṭā'i' ( 363/973 - 381/991 ), ce n'est pas le grand juge de l'époque qui apparaît dans le document comme l'autorité qui procède à la nomination, mais bien le calife lui-même[4]. La nomination d'un kāḍi d'Egypté, sous le règne de Muṭī' ( 334/945 - 363/973 ) émane dans les mêmes conditions, de ce calife, et non du ḳāḍi al-ḳuḍāt[5], Dans les annales de Kindi, relatives à la période allant jusqu'à l'année 254/868, à aucun moment, le nom du kāḍi al-kuḍāt n'apparaît dans les nominations des juges et les actes d'administration judiciaire. Toutes les fois qu'il s'agit d'un magistrat désigné directement par le pouvoir central, la nomination est représentée comme faite par les califes eux-mêmes : Rašīd, Ma'mūn, Mu'taṣim, Mutawakkil. De même dans l'exercice du pouvoir disciplinaire, c'est aux califes que l'annaliste attribue toutes les mesures qu'il énumère[6]. Les textes prennent toute leur signification lorsqu'on les compare aux textes se rattachant à l'époque postérieure, celle où l'organisme du ḳāḍi al-ḳuḍāt prend toute son ampleur. Nous verrons alors Kindi parler ouvertement du titulaire de cette charge, le représenter comme nommant et révoquant personnellement les magistrats des provinces, exerçant tontes les attributions du pouvoir judiciaire.

Mais il n'en reste pas moins que, dans la réalité, les ḳāḍi al-ḳuḍāt de cette période, ou tout au moins certains d'entre eux, exerçaient le pouvoir, sous l'apparence du pouvoir de leurs maîtres, les

(1) Māwardi, 23, 25. (2) Makrīzi, II, 246 ; Ḳalk., XI, 72 ; Ḳalk., X, 457. (3) *Wulāt*, 546. (4) Ḳalk., X, 277. (5) *Wulāt*, 568. (6) *Wulāt*, 466 ; Ibn Al-Aṯīr, VII, 21.

califes. Ibn Ḳutayba raconte que Yaḥya ibn Akṯam, deuxième titulaire de la charge de grand juge, sous le règne de Ma'mūn, choisissait lui-même les candidats aux divers postes de judicature et que ce choix ne se faisait qu'ensuite d'un examen, d'ailleurs fort sommaire semble-t-il, auquel il les soumettait lui-même[1]. C'est à ce ḳāḍi al-ḳuḍāt que la Tradition, consciente du rôle effectif qu'il jouait dans l'administration judiciaire, attribue un aphorisme que l'on peut traduire en ces termes : « l'administration judiciaire est plus difficile que l'exer- « cice de la juridiction[2] ». سياسة القضاء اشد من القضاء .

De la combinaison de tous ces documents historiques et de leur rapprochement avec les autres textes qui nous représentent les gouverneurs de provinces exerçant eux-mêmes encore, par autorisation expresse ou tacite du calife suprême, les prérogatives de l'administration judiciaire, nous pouvons conclure que durant cette deuxième période le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad était une sorte de conseiller du souverain, ne possédant pas, en principe encore lui-même un pouvoir propre de décision. C'est dans la période suivante que le ḳādi al-ḳuḍāt va acquérir la plénitude de ses attributions.

## §. 3. — Troisième période ( 254/868 - 358/968 )

Cette troisième période dans l'évolution du pouvoir judiciaire supérieur s'ouvre avec l'avènement des Tulunides, en Egypte. Aḥmad ibn Ṭūlūn, un mamluk de Farǧāna, avait été envoyé en Egypte pour rétablir un ordre qui y était gravement compromis. Mettant à profit l'incurable faiblesse des Abbassides, qu'il avait observée à Bagdad, à Samarra, où il avait commencé sa carrière, Aḥmad ibn Ṭūlūn parvint à se rendre, en Egypte, pratiquement indépendant. En plus de cette province, il se fit attribuer la mission de défendre la Syrie contre l'invasion grecque ; et étendit encore son autorité sur ce pays. Mais la dynastie que ce nouveau maître établit ne lui survécut pas plus d'un quart de siècle ( 265/878 - 293/905 ) ; et pendant une nouvelle période d'une quarantaine d'années environ, Bagdad recouvra son autorité, en administrant ses provinces, et, en particulier, l'Egypte, par des gouverneurs qui étaient ses agents directs et qui restèrent relativement dociles. Mais ce n'était là que le sursaut d'un

(1) Ibn Ḳutayba, éd. Brok., 82. (2) Gāḥiẓ, anc. éd., II, 85.

organisme agonisant. Bientôt, « les Iḫšidides recommencent en Egypte, « ensuite, en Syrie, et dans des conditions identiques, l'expérience tulunide[1] ». La nouvelle dynastie se maintient jusqu'en 358/968, date à laquelle commença une ère nouvelle dans les annales de l'Islam, celle des Fatimites.

Cette période, relativement courte, d'un siècle d'histoire, fut une période de flottement. Mais elle est caractérisée par un fait très important : alors que le califat abbasside était miné par les germes de décadence, se constitue, loin de son siège, un nouveau centre de puissance politique. Les destinées de l'organisation judiciaire et, en particulier, le pouvoir d'administration judiciaire reflèteront exactement ces événements politiques. C'est pourquoi, on peut distinguer dans l'évolution de l'administration judiciaire au cours de cette période trois phases successives. Dans une première phase, correspondant au règne tulunide, le pouvoir central de Bagdad abandonne peu à peu l'administration judiciaire de l'Egypte et des provinces qui suivent ses destinées ; dans la deuxième phase — celle des gouverneurs abbassides d'Egypte — Bagdad réaffirme d'une façon très marquée son autorité ; dans la troisième phase, enfin, l'administration judiciaire relève principalement du Caire, qui va être bientôt la capitale du nouvel empire naissant.

I. — Aḥmad ibn Ṭulūn, lors de son arrivée au Caire, avait trouvé en place le ḳāḍi Bakkār ibn Ḳutayba, qui avait été nommé en 246/860 par le calife Mutawakkil. Ce magistrat ne tarda pas à déplaire au nouveau maître, qui le destitua et le fit mettre en prison dont il ne fut libéré qu'après la mort d'Ibn Ṭūlūn[2]. Ibn Ṭūlūn exerça par ailleurs son pouvoir d'administration judiciaire en pourvoyant à divers postes de province. Ḳalkašandi rapporte l'acte de nomination d'un ḳāḍi, dans le district de Barka, acte rédigé suivant toutes les formes usitées dans l'administration officielle[3]. Le successeur de Ibn Ṭūlūn, son fils Ḫumārawayh, désigna lui-même le remplaçant de Bakkār, en 277/890, en la personne du ḳāḍi Abū-'Ubaydallah, lequel se maintint en fonction jusqu'en 283/896. Il y eut alors une nouvelle vacance qui se prolongea quelques mois, pendant laquelle l'Egypte resta sans magistrat supérieur[4]. En 284/897, Hārūn, fils de Ḫumārawayh, nomma le ḳāḍi Abū-Ḏur'a en lui donnant pouvoir, spécifient

(1) Lammens, *Précis*, 138 et s. (2) *Wulāt*, 477. (3) Ḳalḳ., XI, 28.
(4) *Wulāt*, 479.

les annalistes, sur tous les territoires soumis à l'autorité des Tulunides, soit « la Palestine, le Jourdain, Ḥims, Ḳinnisrīn et les 'Awāṣim ». Abū-Ḏur'a désigna des vicaires, pour la province de Damas[1]. Au sujet de Abū-Ḏur'a, les textes rapportent un détail intéressant. « Il a « été nommé par Hārūn, l'acte d'investiture de ce dernier lui don- « nant pouvoir de nomination des ḳāḍi ; suivant une autre opinion « il aurait été nommé directement par Mu'taḍid[2] ». Ce passage indique le flottement qui était encore dans les esprits au sujet des pouvoirs respectifs du Caire et de Bagdad. On est encore hanté par la suprématie du pouvoir califien. Mais si, vraiment, Hārūn ibn Ḫumārawayh avait reçu délégation de pouvoir, cette délégation aurait été l'effet plutôt d'une sorte d'abdication au profit d'un vassal tout-puissant. Et, précisément, étant donné la puissance de ce vassal et de sa dynastie, il est peu vraisemblable que Mu'taḍid ait lui-même procédé à la nomination du ḳāḍi du Caire. L'indépendance du corps judiciaire d'Egypte est marquée, cependant, par un autre détail. A la suite des discussions entre le Caire et Bagdad « Abū-Ḏur'a peut pro- « noncer impunément la malédiction contre le calife Mu'taḍid », crime dont il ne tardera pas à rendre compte, à la chute des Tulunides[3].

II. — La chute des Tulunides, que la science historique place ordinairement en 293/905, intervient, tout au moins au point de vue de l'histoire judiciaire, une année plus tôt. En effet, c'est en 292/904 que Muḥammad ibn Sulaymān, « envoyé du calife, arrivant en Egyp- « te, accompagné d'une grande foule, destitue le kāḍi Abū-Ḏur'a, et nomme à sa place 'Ubaydallah. Bagdad recouvre ainsi son autorité politique, particulièrement, en matière d'administration judiciaire. En théorie, c'est le calife lui-même qui exerce cette autorité. Les actes de nomination, de révocation de kāḍi et, en général, tous les actes d'administration judiciaire émanant du calife. C'est ainsi que le diplôme d'investiture d'un kaḍi nommé par « l'envoyé du calife », Muḥammad ibn Sulaymān, est délivré au nom de Muktafi[4] ; celui de Muṭṭalabi, nommé par le kadi al-kudat Ibn Al-Šawārib, émane du calife Ḳāhir[5]. D'autres textes ne font même pas allusion au rôle du grand juge et disent simplement que tel magistrat a été nommé par tel calife[6].

(1) *Wulāt*, 219. (2) *Wulāt*, 519, 219. (3) *Wulāt*, 520.
(4) *Wulāt*, 518. (5) *Wulāt*, 546. (6) Cf., pour les ḳāḍi Ibn Ǧabr, en 317, et Abū 'Uṯmān, en 321, *Wulāt*, 321, 349.

Mais, dans la réalité des choses, l'autorité judiciaire suprême relève du kadi al-kudat de Bagdad. Il est le nā'ib, le vicaire, suprême, auquel le calife a délégué entièrement l'exercice de ses pouvoirs. Ce n'est que parce qu'il agit par délégation que les textes historiques reportent parfois sur la personne du calife certains actes d'administration judiciaire ; mais, en fait comme en droit, cet exercice est assuré par le délégué lui-même. Cette nouvelle phase de l'histoire judiciaire correspond à l'apogée de l'institution du ḳāḍi al-ḳuḍāt. A la différence de la période antérieure, où le grand juge agissait comme conseiller de son maître, nous allons voir maintenant la personnalité du kāḍi al-kuḍāt se détacher de celle du calife et s'affirmer ouvertement dans la plénitude de ses attributions et le prestige d'une situation de premier plan. C'est pendant cette période que se développe la puissance de la famille des Abū Al-Šawārib, qui fournit à la dynastie abbasside une succession de huit grands juges[1]. Les actes de nomination du kadi al-kudat portent expressément délégation du pouvoir d'administration judiciaire générale[2]. Plus particulièrement l'acte de nomination du kadi al-kudat comporte toujours le pouvoir de subdélégation. La clause était devenue de style, et ce pouvoir était devenu tellement inhérent à la fonction que l'on finit par considérer que, même en l'absence de la clause, elle était sous-entendue ; que le seul fait de la désignation d'un kadi al-kudat impliquait pouvoir d'administration judiciaire. C'est un des cas d'autorisation tacite de délégation, cité par les auteurs de la basse époque, opposés aux cas d'autorisation expresse[3].

Mais les attribution du grand juge ne consistaient pas seulement dans le pouvoir de nomination et de révocation ; elles comportaient tous les pouvoirs d'administration judiciaire, tels que le contrôle des magistrats, dans leur conduite et dans leur activité professionnelle, l'examen des actes de leurs fonctions. Ces attributions sont formellement indiquées dans les diplômes mêmes d'investiture[4]. C'est à cette période que s'appliquent le mieux les textes des annalistes qui, définissant le rôle du kadi al-kudat, disent que « les califes ancienne-« ment accordaient au kadi de leur capitale autorité sur tous les pro-« vinces et pays soumis à leur empire ; et c'était ce kadi qui dési-« gnait librement ses vicaires dans chaque province et pays ; c'est pourquoi il portait le titre de kadi al-kudat[5] ».

(1) Mez, 221. (2) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162. (3) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 14.
(4) Suyūti, *eod. loc.* (5) Suyūṭi, *eod. loc.*

La première nomination faite, pendant cette période, en Egypte, par le grand juge de Bagdad, fut, en 311/923[1], celle de Abū Al-Ḏikr, qui fut remplacé, l'année suivante, par Al-Kurayzi. Puis se développe une succession de kadi, nommé par la plupart, par le kadi al-kudat. C'est en vertu d'une « lettre », ( كتاب ) de celui-ci que les ordres sont transmis de Bagdad. D'après les termes de ces documents, les magistrats ainsi nommés sont investis à titre de vicaires ( *nā'ib*, *ḫalīfa* ) du kadi al-kudat. C'est en vertu aussi d'une « lettre » qu'il met fin aux fonctions de ses vicaires. L'étendue de leurs pouvoirs, — le droit de se substituer des nā'ib, en particulier, — est expressément indiquée dans le document[2]. Nous verrons plus loin, en parlant de la moralité dans la magistrature, les sollicitations multiples, les intrigues sans nombre, les actes de corruption, dont le grand juge était l'objet, pour lui soutirer une nomination ou une destitution de magistrat ; nous verrons à quel prix les grands juges achetaient leur charge, comptant en tirer encore davantage dans l'attribution des sièges de province aux plus offrants.

La délégation accordée au kadi al-kudat était très large. Il pouvait exercer ses prérogatives suivant les modalités qu'il fixait librement. Ainsi, évitant de désigner lui-même le titulaire d'un poste, il pouvait conférer à de simples particuliers un droit de présentation. Ibn Ḥağar rapporte que le kaḍi al-kuḍat Abu Yaḥya ibn Mukram, devant nommer un kaḍi au Caire, adressa une lettre à « certaines person- « nalités du Caire, en les chargeant de faire le choix du successeur « de Abū 'Ubayd[3] ».

III. — La période des Iḫšidides n'a pas été marquée, comme celle des Tulunides, par une trop grande indépendance du pouvoir provincial, dans l'administration judiciaire. Sans doute, l'émir Muḥammad Ibn Ṭuǧǧ, chef de la nouvelle dynastie, prit l'initiative, dès la deuxiéme année de son avènement, en 324/935, de nommer le kaḍi du Caire, en la personne de Abū Ḏur'a. Mais cette nomination est faite sous la réserve expresse d'une confirmation ultérieure de Bagdad. Deux autres juges du Caire qui s'étaient succédé en une seule année ( 324 ) avaient été désignés par le kadi al-kudat de Bagdad, et les autres kadi, au cours de cette période, sont nommés, sauf quelques exceptions, par ce même personnage. Ainsi, le successeur de

(1) *Wulāt*, 481. (2) Sur tous ces points, *Wulāt*, 481 ss. (3) *Wulāt*, 481, 532.

Abū Ḍur'a, Ṣayrafi, fut nommé, dit Kindi, à titre de *ḫalīfa* ( vicaire ) de Ibn Abi Al-Šawārib.

Mais si les Iḫšidides n'intervenaient pas d'une façon formelle dans les nominations et les révocations des magistrats de leur vice-royauté, ils n'en faisaient pas moins sentir leur autorité en la matière par des interventions continuelles et décisives. Déjà, l'initiative de Ibn Ṭuǧǧ que nous venons de relever est caractéristique.

Lorsque un magistrat du Caire nommé par le kadi al-kudat veut désigner ses vicaires, ceux-ci ne peuvent entreprendre leurs fonctions qu'après approbation de l'émir[1]. Ce magistrat lui-même ne peut entrer en fonction qu'avec l'approbation de l'émir ou même simplement de son ministre[2]. Parfois l'émir passant par dessus la tête du kadi nommé par Bagdad, lui désigne lui-même ses propres vicaires[3]. Mais la situation évolue rapidement vers une complète indépendance du gouverneur local. C'est ainsi que vers la fin de l'époque iḫšidide l'autorité de Bagdad est entièrement écartée. Les deux derniers magistrats de cette époque, Ḫaṣīb et Ḍuhli, sont nommés par Kāfur, avant-dernier prince iḫšidide. L'indépendance judiciaire des divers centres qui sont arrivés à acquérir l'indépendance politique se trouve définitivement consacrée.

## §. 4. — Quatrième période : L'indépendance judiciaire conséquence de l'indépendance politique

Avec l'avènement des Fatimites, en Egypte, s'ouvre une nouvelle phase dans l'histoire judiciaire. Ce qui était signe d'indépendance à l'égard du pouvoir central, une atteinte à son autorité, devient la règle. L'autorité se déplace de Bagdad au Caire. Cette nouvelle capitale va reconstituer à son profit l'hégémonie politique sur une grande partie du monde musulman. L'hégémonie judiciaire en sera une des manifestations. Négligeant les provinces d'Irak qui restent soumises à l'autorité vacillante des Abbassides, la dynastie fatimite s'appropriera l'exercice de l'administration judiciaire, dans les territoires de son empire. Quelques années après son avènement, cette dynastie, consacrant le fait par le droit, instituera à son propre usage un

(1) *Wulāt*, 542, 487. Un orientaliste parle « d'exequatur » ( Amedroz, *The office of Kadi*, JRAS, 1910, 778 ). (2) *Wulāt*, 546. (3) *Wulāt*, 546, 571.

poste de kadi al-kudat, signe de centralisation judiciaire. Il y aura alors, et pendant longtemps, deux grands juges : celui du Caire et celui de Bagdad, sans compter le kadi al-ǧamā'a d'Espagne, sans compter aussi les kadi al-kudat des diverses provinces encore nominalement soumises aux Abbassides mais qui, profitant de la décadence de cette dynastie, se sont assuré l'autonomie.

Au sein de la nouvelle formation politique, se poursuit une autre évolution. Le calife du Caire commence par administrer directement les districts judiciaires principaux : c'est lui qui nomme et destitue les magistrats provinciaux, Puis, voulant se décharger de ce soin, il se contente de désigner le magistrat de la capitale, qui sera son kadi al-kudat, ayant autorité d'administration judiciaire du royaume. Enfin, en période mamluk, dans diverses circonscriptions autonomes, l'autorité judiciaire locale secouera le joug de l'autorité judiciaire centrale du Caire. Elle ne relèvera plus que du chef politique suprême, le sultan, sans passer par son kadi al-kudat. Sous cette réserve, on peut dire que se renouvelle alors l'ancien phénomène de la multiplicité des autorités judiciaires, corrélative à la multiplicité des autorités politiques, chaque province autonome ayant son grand juge propre.

C'est aussi pendant cette période que nous voyons consacrer par la doctrine une situation de fait qui avait pris naissance depuis bien longtemps. A la personne même du calife, comme titulaire suprême et premier délégant du pouvoir judiciaire, se substitue souvent son ministre tout-puissant. Le kadi, et, en particulier, le kadi al-kudat, ne seront plus considérés, dans les périodes des *wuzarā'* omnipotents, comme les vicaires du calife, mais du *wazīr*. Dans le même ordre d'idées, l'effacement de la personnalité du calife en face de celle du sultan entraînera aussi un déplacement de pouvoir, de telle sorte que le kadi ne sera plus considéré comme le na'ib du calife, mais bien comme le na'ib du sultan.

Au cours de cette même période les attributions des kadi s'étendent d'une façon exorbitante. Les magistrats commence à jouer un rôle politique considérable.

Nous allons reprendre avec plus de détails ces idées générales.

I. — Dès leur avènement, les Fatimites affirmeront l'indépendance judiciairede leur nouvel Etat en instituant comme juge su-

prême un kadi qui, venu avec eux du Maġreb, avait suivi la fortune de leurs armes, 'Ali ibn Ḥayyūn[1]. Cet événement fait encore mieux ressortir l'importance que les nouveaux maîtres attachaient à la fonction judiciaire, en ne la confiant qu'à une personne de leur très proche entourage, de leur propre milieu, donnant toutes les garanties de dévouement à la nouvelle dynastie et à sa doctrine religieuse. Cette nouvelle orientation ne fut pas inaugurée par un coup d'éclat, mais elle s'insinua plutôt dans le cadre de l'ancienne institution. Lors de l'entrée des Fatimites en Egypte, Ḏuhli kadi désigné par Kafur, était en fonction. Les Fatimites ne le destituèrent pas ; ils se contentèrent de nommer, concurremment avec lui, Ibn Ḥayyūn. Ils marquèrent toutefois, dans l'acte de nomination de ce dernier, sa situation prééminente, ce qui en fait eut pour effet d'écarter le ḳāḍi précédent[2].

L'indépendance judiciaire des Fatimites fut consacrée, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, par l'institution d'un ḳāḍi al-ḳuḍāt au Caire, ayant juridiction sur l'ensemble des territoires soumis à la nouvelle dynastie. Mais une caractéristique, qui semble nouvelle, de l'institution, consiste en ce que la compétence de son titulaire ne s'étendait pas essentiellement, comme à l'époque précédente, à tout le royaume. Tout dépendait des termes de l'acte d'investiture. Si, dans la plupart des cas, cet acte ne comportait aucune restriction[3], il arrivait parfois que le souverain n'accordât compétence au grand juge que sur certaines parties du territoire. Ainsi, au début du V^e^ siècle H., toute la province de Palestine fut distraite de la juridiction du ḳāḍi al-ḳuḍāt, Al-'Awwām ; à cette province, fut nommé un magistrat distinct, relevant directement du monarque fatimite[4].

D'autres limitations sont encore apportées à la compétence du ḳāḍi al-ḳuḍāt. La règle d'après laquelle ce personnage exerce lui-même l'administration judiciaire dans tout le royaume n'est plus absolue. Souvent le pouvoir exécutif se réserve, en passant par dessus la tête du grand juge, de nommer à divers postes de provinces. Ainsi, c'est le ministre qui nomme le ḳāḍi de la province des Ḳūṣ et de Sa'īd[5] ; c'est le sultan qui nomme, dans certains cas, les ḳāḍi du district de Ġazza[6] ou le ḳāḍi d'Alexandrie[7]. Ces limitations ne sont, d'ailleurs, que les aspects du phénomène de mainmise très étroite

(1) *Wulāt*, 347, 494. (2) *Wulāt*, 590 وكان في سجله : اذا دعا احد الخصمين اليـــك ودعا الآخر الى غيرك ردّا جميعاً اليك فعرف ان ذلك اشارة الى منع ابي الطاهر فامتنع من يومئذٍ
(3) *Wulāt*, 599. (4) *Wulāt*, 611. (5) Ḳalḳ., X, 451. (6) Gaudefroy-Demombynes. 175. (7) Ḳalḳ., XI, 408.

de l'exécutif sur le judiciaire, qui s'affirme de plus en plus, à partir des Fatimites. Quoique; à aucun moment de l'histoire le principe de séparation des deux pouvoirs n'ait été admis, c'est dans le royaume des Fatimites et, plus encore, des Mamluk, que les juges apparaissent comme de simples fonctionnaires d'une même hiérarchie relevant de l'Exécutif.

En même temps, se produit une plus étroite centralisation de l'organisation judiciaire. Sous les Mamluk, en particulier, les ḳāḍi des diverses provinces d'Egypte sont nommés par le Caire, sans que les administrateurs de ces circonscriptions aient, en la matière, une compétence quelconque[1]. C'est là un fait bien caractéristique de cette époque, et qui constitue le germe d'une distinction entre l'administration et la justice, appliquée aux échelons inférieurs. Même, dans les provinces autonomes de Syrie, où le gouverneur jouit d'un très large pouvoir personnel d'administration, c'est le Caire qui se réserve le droit de nomination aux divers postes de ḳāḍi al-ḳuḍāt, dans les mêmes conditions où, en face du gouverneur, le Caire nomme les commandants militaires (نواب القلاع), relevant exclusivement de lui.

Dans les circonstances solennelles, les représentants attitrés de l'organisation judiciaire doivent exprimer leur obédience au chef de l'Etat ou son délégué. Lorsque le calife ou le sultan, ainsi que leurs gouverneurs de province, tiennent leur cour de justice (مجلس المظالم), les ḳāḍi al-ḳuḍāt des divers rites les assistent, en tant que subordonnés. Au cours de certaines cérémonies à caractère religieux, le ḳāḍi al-ḳuḍāt ira présenter ses devoirs d'hommage et d'obédience au sultan et au ministre. L'ouvrage de Ḳalḳašandi nous donne avec force détails la description des cérémonies de ce genre, dans lesquelles se manifestent les sentiments de docilité qui anime le ḳāḍi envers le maître[2].

II. — La confusion entre le judiciaire et l'exécutif et la mainmise de l'exécutif sur l'administration judiciaire sont illustrées par la notion que nous avons déjà eu l'occasion de relever, celle de la subordination des fonctionnaires judiciaires, non seulement au calife ou

(1) Ḳalḳ., X, 371, 380, 383, 483, 23, 445 ; XI, 445 ; XI, 44, 59 ; XII, 5. (2) Ḳalḳ., III, 501 ; 486 s.

au sultan, mais au ministre lui-même. Comme l'indique Maḳrīzi, c'est à l'époque du *wazīr* (ministre) Ǧamāli, dans la deuxième moitié du Ve siècle H., sous les Fatimites, que les ḳāḍi al-ḳuḍāt commencèrent à être considérés comme les nā'ib du ministre, celui-ci étant considéré comme le titulaire primordial de la fonction. Les ministres, dorénavant, délivrent les diplômes d'investiture aux grands juges et aux magistrats ordinaires : « نيابةً par délégation », suivant l'expression consacrée[1]. Un des titres officiels du wazīr sera celui de « كافل قضاة المسلمين, qu'on peut traduire par : grand-maître de l'ordre « judiciaire[2] ». Les juristes de la basse-époque, comme Ibn Farḥūn, ne manquent pas d'indiquer que le pouvoir judiciaire rentre dans les attributions du wazīr, et que celui-ci possède le droit de délégation. En conséquence de ce pouvoir, le wazīr surveille le fonctionnement de la justice. C'est ainsi que pour empêcher des conflits de juridiction et pour faire respecter l'autorité des décisions judiciaires, un ministre de la fin du IV siècle H., défend qu'un jugement rendu par un magistrat soit revisé par un autre magistrat[3]. C'est aussi le wazīr qui étend ou restreint la compétence de tel ou tel magistrat qu'il nomme[4]. La confusion entre les deux pouvoirs est tellement accentuée qu'il arrive parfois que le wazīr cumule en même temps les fonctions de ḳāḍi al-ḳuḍāt et en prend le titre. C'est ce qui se produisit pour la première fois dans la première moitié du Ve siècle H., sous le califat de Mustanṣir, qui prit comme wazīr Ḥasan Al-Bāzūri, lequel, nous raconte Aḥmad ibn Iyās, « cumula les deux charges de « la wazāra et du ḳāḍi al-ḳuḍāt, *la chose ne s'étant jamais produite « avant lui*[5] ».

III. — A un autre point de vue, l'autorité judiciaire se déplace du calife au sultan, maître effectif du royaume. Dans le langage juridique courant, le ḳāḍi n'est plus appelé, comme dans les premiers siècles, nā'ib du calife, mais nā'ib du sultan[6]. C'est le sultan qui a pouvoir de discipline, de nomination et de révocation des magistrats[7] au même titre qu'il possède le droit d'exercer personnellement la justice[8]. La raison en est que, en Egypte, où se jouent dorénavant les destinées politiques de l'Islam, le califat n'est plus que l'ombre de lui-même, à côté du sultanat tout-puissant.

(1) Ḳalḳ., X, 429, 457. (2) Maḳrīzi, II, 304. (3) Ibn Farḥūn, I, 14. (4) Ibn Iyās, 59. (5) *Wulāt*, 591. (6) Ḳalḳ., XI, 175. (7) Ramli, III, 387. (8) Uzağandi, III, 388 ; Ibn 'Abdīn, IV, 465.

IV. — Sous réserve de l'autorité supérieure du sultan ou du wazīr, c'est, comme dans la période précédente, le ḳāḍi al-ḳuḍāt qui exerce l'administration judiciaire dans le royaume et qui nomme aux divers postes de judicature. Il exercera rarement lui-même la justice. et déléguera à cet effet des vicaires. Des abus en naîtront ; ce sera, parmi les quatre kāḍi al-ḳuḍāt, à celui qui aura le plus de nā'ib, — car ces charges se vendent — à tel point que l'autorité supérieure interviendra pour limiter le nombre des vicaires que les grands juges sont autorisés à désigner.

C'est aussi à cette époque qu'une nouvelle pratique s'institue dans les nominations judiciaires. Il était jusqu'alors admis que le nā'ib, institué dans une ville, ne pouvait pas se substituer un autre nā'ib ; en d'autres termes, la délégation, ne pouvait se faire qu'à un seul degré. Or, il advint que le ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte, Ibn Ḥayyūn ( 394/1003 - 398/1007 ) autorisa son vicaire à se substituer lui-même un vicaire. Ibn Ḥağar spécifie, en rapportant le fait, qu' « il ne s'était pas encore produit qu'un nā'ib se « substituât un autre na'ib dans la ville même où il exerce[1] ».

L'importance du poste de vicaire du grand juge augmentait ainsi considérablement. Cette importance sera illustrée par les solennités de l'investiture. Alors que, jusqu'à la fin du IVe siècle H., c'était seulement les nominations auxquelles procédait l'autorité exécutive supérieure — calife, sultan ou wazīr — qui donnaient lieu à des cérémonies officielles et spécialement à des remises de vêtements d'honneur ( خِلَع ), le ḳāḍi al-ḳuḍāt, Fāriḳi ( 398/1007 - 405/1014 ) introduisit lui-même la pratique des mêmes solennités dans la désignation de ses vicaires[2].

Dans les écrits des juristes du XIe s. H. et par la suite, on perçoit une tendance à la séparation entre l'exécutif et le judiciaire. Ainsi, chez Uzağandi et Ibn 'Abdīn, nous trouvons affirmé, pour la première fois, à notre connaissance, que le gouverneur d'une circonscription ne possède pas droit de juridiction ni de nomination des magistrats. Toutes les fois, dit Ibn 'Abdīn, que le ḳāḍi d'une localité est institué, non par le gouverneur de la circonscription, mais directement par le pouvoir central, le gouverneur est démuni de toutes attributions de nature judiciaire, et le même auteur précise que telle

(1) *Wulāt*, 601. (2) *Wulāt*, 604.

est la pratique suivie à son époque[1]. On affirme au surplus que, d'après la coutume établie, il n'est pas loisible à un plaideur de s'adresser directement au « sultan », sans faire juger, en premier degré, son affaire par le magistrat compétent[2]. Il en ressort qu'à cette époque, et aux échelons hiérarchiques subordonnés au pouvoir central, la justice et l'administration judiciaire étaient distinctes des autorités administratives locales.

---

## Section II. — De certains cas exceptionnels

Dans les développements qui précédent il était supposé que l'administration judiciaire était assurée, sous une forme ou une autre, par une autorité légalement constituée. Cependant on se trouve en présence de certaines situations de fait où la justice fonctionne en dehors de ces conditions, et la doctrine elle-même envisage de telles situations.

I. — Dans ses *Aḥkām sulṭāniyya*, Māwardi examine le cas où, dans un milieu déterminé, il n'existe pas une autorité constituée. C'est la situation qu'il désigne par l'expression « absence de l'Imām[3] ». Dans ce cas, dit-il, le peuple a le droit de se choisir un juge[4]. Dans la conception évoluée de la doctrine juridique musulmane, le droit pour la collectivité de se choisir des magistrats apparaît comme le droit primordial, qui reste a l'état latent toutes les fois qu'une autorité régulière existe, mais qui se manifeste dès que cette autorité est défaillante. C'est ce qui ressort d'affirmations de certains auteurs, qui voient dans le ḳāḍi un représentant aussi bien du « sultan » que de la عامة, du « public », de la collectivité[5].

Mais cette hypothèse est restée, dans les ouvrages de doctrine, théorique, sans que les auteurs, qui en ont fait l'objet de leurs spéculations, l'aient illustrée eux-mêmes par des applications pratiques.

(1) Ibn 'Abdūn, IV, 465 ; Uzağandi, III, 388. (2) Uzağandi, III, 408.
(3) Māwardi, 72. (4) Māwardi, *eod. loc.* (5) Ramli, II, 9.

Cette question théorique nous amène naturellement à examiner le rôle qu'a joué en fait tout au moins l'opinion publique, dans l'administration judiciaire. Les textes sont assez nombreux, qui nous montrent le peuple manifestant un intérêt très vif au choix de certains magistrats et même intervenant directement dans ce choix.

A l'égard de telle nomination qui ne cadrait pas avec les idées communément admises, l'opinion publique réagissait énergiquement. Les annalistes rapportent, à ce sujet, que lorsque Yaḥya ibn Akṯam, fut désigné, alors qu'il n'avait encore qu'une vingtaine d'années, comme juge de Baṣra, les habitants de ce district en furent profondément choqués et commencèrent à se plaindre. Le jeune magistrat ne put les apaiser qu'en leur rappelant habilement — à tort ou à raison — des précédents remontant au Prophète lui-même dont deux de ses agents, 'Attāb et Mu'āz, n'avaient pas dépassé la vingtième année[1]. Lorsque, dans la seconde moitié du IIe siècle H., Isma'īl ibn Elišā' ( 166/782 - 167/783 ) fut nommé ḳāḍi du Caire, la population en ressentit un grand dépit qu'elle manifesta par des injures publiques à l'adresse du nouveau magistrat[2]. Kindi donne comme motif de ce mécontentement le fait que Isma'īl était de rite ḥanafite, que ne reconnaissait pas le peuple d'Egypte. Il y a là, à notre avis, un anachronisme, car il ne semble pas qu'à cette époque l'opposition entre madhab fussent arrivées à un tel degré d'acuité. Mais cette observation n'enlève en rien sa valeur au renseignement fourni par Kindi, au point de vue qui nous intéresse. Le motif de l'opposition publique que rencontra le nouveau ḳāḍi nous semble résider dans le fait qu'il était d'origine étrangère. Le même chroniqueur dit, en effet, que Isma'īl ibn Elišā' était kufite. Or, les indigènes étaient très ombrageux sur ce point de l'origine de leurs magistrats ainsi qu'en témoignent beaucoup d'autres incidents du même genre[3]. Par ailleurs, lorsque Ibn Al-Ḫaṣīb fut nommé ḳāḍi d'Egypte, l'annaliste rapporte qu'après la cérémonie de son intronisation « une émeute éclata » contre lui[4].

Au IIIe siècle H., on voit des gouverneurs et, même, des chefs d'Etats, ayant le souci de l'opinion publique lorsqu'il s'agit de nommer des magistrats. Ils prennent, à cette occasion, l'avis de personnalités particulièrement qualifiées. Parfois même, ils ne font qu'entériner des propositions de nomination que la population d'une ville a pris

(1) Ibn Ḫallikān, II, 288 ; Ǧawzi, 58 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 317. (2) *Wulāt*, 371.
(3) *Wulāt*, 369, 433, 520. (4) *Wulāt*, 578.

l'initiative de faire. 'Abdallah ibn Ṭāhir, gouverneur d'Egypte, convoque une assemblée de notables « afin qu'ils se choisissent un ḳāḍi. « Ces notables dirent au gouverneur : nomme qui tu veux, pourvu « que ce ne soit pas un étranger ou un paysan[1] ». De même, lorsque en 384/994, il fallut choisir un successeur à Ḥaṣīb, Kindi dit, en propres termes, que « l'accord se fit entre les habitants de la ville pour « confier la charge à Abū-Ṭāhir ; c'est pourquoi, ils le recomman- « dèrent à Kāfūr » qui le nomma ḳāḍi d'Egypte[2]. 'Abdallah ibn Makram, ḳāḍi d'Egypte au début du IVe siècle H., ayant voulu désigner un vicaire, eut soin d'adresser une lettre à quatre notables du Caire en leur confiant le soin de faire eux-mêmes le choix d'un candidat[3]. Lorsque des intrigues se nouent contre le titulaire d'un poste judiciaire ou par les divers candidats à ce poste les uns contre les autres, les concurrents ne manqueront pas de solliciter la faveur populaire. Ils demanderont à leurs partisans respectifs d'intervenir par des recommandations auprès du gouverneur ou du calife ; ils se feront délivrer par le plus grand nombre possible de signataires des attestations écrites faisant ressortir leurs propres mérites et les défauts de leurs concurrents. Ainsi, lorsque en 317/929, Ibn Ḥammād fut nommé ḳāḍi d'Egypte, un concurrent Ibn Badr intrigua pour faire destituer ce nouveau magistrat et se faire nommer à sa place, ce que Ibn Ḥammūd apprenant, il réunit les notabilités de la ville du Caire et leur fit signer un mémoire oú ils attestèrent que Ibn Badr est fils d'esclave et le chargèrent toutes sortes d'accusations. De ce mémoire, plusieurs exemplaires furent établis, dont un fut envoyé à Bagdad, un autre fut conservé aux archives du tribunal et les autres confiés à des notables égyptiens[4]. Le même procédé fut employé contre Ḏuhli, ḳāḍi d'Egypte, vers le milieu du IVe siècle H.[5] ; — contre Ġalbūni, lorsque le ḳāḍi d'Egypte, Fāriḳi, le choisit pour vicaire : dans le mémoire dressé contre lui, Ġalbūni fut accusé de concussion, félonie, impiété, etc.[6].

Dans les périodes de troubles et de défaillance de l'autorité, le rôle du peuple devient encore plus considérable. Ce n'est plus seulement une pression qu'il exerce sur les gouvernants pour leur imposer le choix d'un candidat, mais une intervention formelle dans l'acte même d'installation. Vers le milieu du IVe siècle H., lorsque la province de Syrie était âprement disputée entre Bagdad et le Caire,

(1) *Wulāt*, 433. (2) *Wulāt*, 493. (3) *Wulāt*, 532. (4) *Wulāt*, 558. (5) *Wulāt*, 583. (6) *Wulāt*, 609.

l'autorité y était naturellement vacillante et effacée. Dans ces circonstances, un magistrat qui avait été désigné par le Caire pour le siège de Damas, envoya dans cette ville son fils, comme vicaire. Mais, dit l'annaliste, lorsque ce personnage arriva à Damas, il trouva que « les habitants de cette ville s'étaient choisi un ḳāḍi ». Il y eut par la suite des discussions entre ces mêmes habitants, les notables soutenant leur candidat, tandis que la population tenait pour le vicaire désigné par le juge du Caire[1]. — Lorsque, au VIe siècle H., en Espagne, se produisent des circonstances analogues de défaillance de l'autorité, c'est encore le peuple qui exerce le pouvoir de désignation des magistrats. Ibn Abbār rapporte que vers les premières années du VIe siècle H., Muḥammad Al-Ġassāni fut nommé ḳāḍi de Grenade « par accord des habitants de cette ville » (اجماع من اهل بلده[2]). Or, à cette époque, la Presqu'île ibérique, ployant sous la poussée chrétienne et minée par les dissensions intérieures, était tombée, dans la plupart de ses centres, en pleine anarchie. Bien avant cette période même, mais par suite de circonstances analogues, la chronique rap porte que « le peuple avait institué un ḳāḍi » lequel fut purement et simplement confirmé par le roi ʿubaydite de l'époque[3].

Ces divers exemples historiques constituent autant d'applications — sans doute, inconscientes — de la règle théorique que nous avons vu énoncée par Māwardi et admise par toute la doctrine[4].

II. — La deuxième question relative à l'autorité supérieure est celle de sa légitimité. Suivant la doctrine, l'autorité, pour être légitime, doit être instituée régulièrement et professer la religion islamique. Or, cette même doctrine s'est trouvée en présence de situations de fait qui ne répondaient pas à cette double condition. D'une part, et de bonne heure, dans le monde musulman, se sont érigées des puissances locales qui, contrairement à tout droit, ont secoué le joug de l'autorité centrale légitime, en revendiquant pour elles-mêmes tous les attributs de la souveraineté : — et, d'autre part, du fait de la réaction de nations étrangères — des parties de plus en plus considérables de territoires habités par des populations musulmanes ont

(1) Ibn ʿAsākir, IV, 424 ; *Wulāt*, 570. (2) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 146.
(3) Ibn Ḥammād, *Hist.*, 21. (4) Les officiers publics et auxiliaires déjà en fonctions dans un ressort ont souvent leur mot à dire dans la nomination d'un ḳāḍi dans ce ressort. Ainsi, le ḳāḍi d'Egypte, en 333/944, al-Jawhari ne désigne son vicaire qu'après accord avec les *Šuhūd* ( *Wulāt*, 491 ).

été soumises à des princes non musulmans. Que devait être le sort des institutions judiciaires maintenues ou établies par des autorités ainsi constituées ?

La théorie de la « nécessité » (الاضطرار) — si féconde dans le droit musulman, aussi bien en droit privé qu'en droit public — devait de bonne heure fournir les solutions désirées. En parlant du gouvernement des territoires de l'empire musulman, Māwardi admet, à côté des gouverneurs nommés régulièrement par le pouvoir central et hiérarchiquement subordonnés à lui (امارة الاستكفاء), des gouverneurs qui ont usurpé le pouvoir et dont la situation est ensuite reconnue par le prince légitime, par « nécessité » (امارة الاستيلاء)[1]. Or, Māwardi reconnaît à cette deuxième catégorie de gouverneurs ou de princes autonomes toutes les attributions de l'autorité publique et admet que, par le fait même, sont sanctionnés tous les actes d'administration, de nominations judiciaires et de juridiction émanées de ces princes et des magistrats qu'ils ont institués.

C'est cette même notion de nécessité qui permet à la doctrine de reconnaître la validité des actes d'administration judiciaire et de juridiction accomplie sous l'autorité d'un prince non-musulman. Les juristes admettent que le prince infidèle a le droit d'instituer des ḳāḍi à l'usage des groupements musulmans installés sur des territoires soumis à son autorité, des ḳāḍi[2], tout comme ils admettent l'élection de ḳāḍi par de tels groupements eux-mêmes[3]. Rappelons aussi que la doctrine reconnaît qu'un infidèle (*ḏimmi*) peut être institué ḳādi par l'autorité musulmane, pour statuer entre ses coréligionnaires[4], solution que les faits ont imposée à la doctrine.

---

## Section III. — Conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires

Les conditions de recrutement de la magistrature se répartissent en deux catégories, relatives au fond et à la forme. Pour avoir une

(1) Māwardi, éd. ég., 27 ss. (2) Ibn ʿAbdīn, IV, 428. (3) Ibn Nuǧaym, VI, 274. (4) Māwardi, 62 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 415.

vue exacte de ces deux ordres de conditions, il ne serait prudent de se référer uniquement aux développements que leur consacrent les ouvrages de doctrine, soit de droit privé, soit de droit public. Les règles qui sont exposées dans ces ouvrages n'ont, en grande partie, qu'un caractère théorique ; et, une fois constituées, elles se sont figées, de telle sorte qu'elles se sont transmises de génération en génération, presque en dehors de tout contact avec les réalités de la vie pratique. Sur ce point encore se vérifie la remarque de Snouck-Hurgronje rapportée plus haut[1]. On relève, cependant, dans certains passages de la littérature doctrinale, des observations tirées de la pratique réelle, contrastant avec les règles théoriques ; et ces observations sont d'un très grand intérêt scientifique. Il n'en reste pas moins que toute la vérité historique doit être recherchée ailleurs, dans les chroniques d'histoire générale ou judiciaire, dans les compilations encyclopédiques, dans certains ouvrages, qui n'ont aucun rapport direct avec le droit, mais qui renferment accidentellement des renseignements, des anecdotes, très instructifs.

## §. 1er — Conditions légales de fond

On ne rencontre pas chez tous les auteurs une énumération uniforme des conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires. Même dans les ouvrages d'une même époque, on relève, sur ce point des divergences considérables. Nous exposerons, tout d'abord, la doctrine la plus généralement admise, celle qui est enseignée par Māwardi et qui, en général, s'est toujours maintenue théoriquement.

D'après cette doctrine, les conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires sont au nombre de sept :

1° Le sexe masculin et la puberté

2° L'intelligence

3° La liberté

4° L'islam

5° L'honorabilité

6° Le bon état des sens de la vue et de l'ouïe.

7° La science juridique.

(1) *Supra*, Introduction, 2.

I. — **Première condition.** — *Le sexe masculin et la puberté.* Māwardi confond ces deux conditions en les présentant comme les deux caractéristiques, essentielles, de la qualité d'homme adulte. En effet, d'après la terminologie de l'auteur, c'est cette qualité *d'homme*, — ce terme étant pris dans une acception étroite — qui constitue la première condition d'aptitude aux fonctions publiques ; et elle implique la puberté. Dans d'autres ouvrages, comme le Traité de *Nihāyat al-arab*, la formule de Māwardi n'est plus employée. On ne parle plus de qualité d'homme, mais seulement de sexe masculin et de puberté ; et l'on fait de chacune de ces deux qualités une condition distincte ; de telle sorte que dans ces ouvrages le nombre des conditions d'aptitude s'augmente d'une unité.

*Le sexe masculin.* — La femme n'est pas apte aux fonctions judiciaires. Māwardi en donne une première raison, celle de l'incapacité générale de la femme à exercer les devoirs d'une charge publique quelconque (لنقص النساء عن رتب الولايات). Une deuxième raison est tirée par l'auteur d'un texte du Coran : « Les hommes ont puis-« sance sur les femmes du fait des qualités que Dieu leur a accordées « de préférence aux femmes ». Or, d'après la doctrine unanime, l'homme se distingue de la femme, par la supériorité de l'intelligence et du jugement (العقل والرأي)[1]. A l'appui du texte coranique, on cite des ḥadīṯ attribués au Prophète : « Les femmes sont des êtres inférieurs (à l'homme) quant à leur intelligence et à leur religion (النساء ناقصات عقل ودين). Ce dernier argument n'est pas cité par Māwardi, mais on le retrouve dans beaucoup d'autres ouvrages[2]. Un autre ḥadīṯ encore invoqué est ainsi conçu : « Jamais aucune nation « n'a réussi, qui s'est laissée gouverner par une femme[3] ». En somme, c'est l'argument de l'infériorité de la femme, *l'imbecillitas sexus*, dont parlait l'ancien droit romain, que l'on retrouve encore en droit musulman.

Cependant, la doctrine, spécialement dans le rite ḥanafite, restreint considérablement l'incapacité de la femme à exercer des fonctions judiciaires : elle est inapte aux fonctions judiciaires seulement en matière de talion et de ḥudūd. En d'autres termes, la femme peut exercer valablement la juridiction en toutes matières, sauf lorsqu'il

(1) Māwardi, 61 ; Nuwayri, VI, 248. (2) Nuwayri, *eod. loc.* ; Saraḫsi, XVI, 59 s. (3) Ibn Nuǧaym, VII, 5.

s'agit de l'application de la loi du talion, قِصاص — قَوَد, ou des peines prévues par le Coran. Les auteurs rattachent assez curieusement cette règle au principe général suivant lequel les conditions d'aptitude à la magistrature sont les mêmes que les conditions d'aptitude au témoignage, principe sur lequel nous reviendrons sous peu. Or, disent-ils, c'est seulement en matière de talion et de ḥudūd que le témoignage de la femme n'est pas admissible[1].

Un auteur, Ṭabari, va même plus loin ; d'après lui, le sexe masculin ne serait pas requis comme condition d'aptitude aux fonctions judiciaires ; et les femmes y sont aptes, dans les mêmes conditions que l'homme. Cette opinion est restée cependant isolée.

Emportés par leurs spéculations, les auteurs examinent le cas de l'individu dont le sexe est indéterminé ( hermaphrodite ). Conformément à leur tendance à restreindre l'incapacité de la femme elle-même, ils admettent la capacité de l'hermaphrodite à l'exercice des fonctions judiciaires[2].

Toutes ces spéculations de la doctrine ont un caractère purement théorique. Déjà, chez les auteurs eux-mêmes, une réserve est expressément faite, au sujet de la nomination d'une femme à un poste de magistrature. « Ce serait un péché, disent-ils, que de nommer une « femme[3] ». En fait, on ne rencontre aucun cas de désignation d'une femme à un poste quelconque de la magistrature. On trouve dans certaines compilations des chapitres spécialement consacrés aux femmes qui se sont rendues célèbres dans l'Islam, à des titres divers, comme écrivains, poétesses, femmes de grande vertu ; mais aucune femme n'y est citée comme juge[4]. Une seule exception peut être relevée, quoique n'ayant qu'un rapport assez éloigné avec la magistrature proprement dite. Sous le califat de Muḳtadir ( 295/907 - 320/932 ), souverain abbasside réputé pour son indolence et son incapacité, sa mère, qui exerçait une grande influence dans le gouvernement de l'empire, avait désigné une femme de son entourage, Ṯumayl, pour statuer en matière de *maẓālim*, procédure de recours devant le pou-

(1) Dāmād, II, 168 ; Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 23 ; Marġināni, III, 86 ; Ḳāḍiḫān, II, 353. Les rites šafiite et malékite interdisent absolument à la femme l'accession à la magistrature ( Waǧīz, II, 143 ; Ibn Farḥūn, I, 18). La raison qu'en donne Ibn Farḥūn, en plus de l'incapacité naturelle de la femme, consiste en ce que « certaines femmes sont pleines de séduction, soit dans leur parole, soit dans leur seul aspect ». (2) Ibn ḳāḍi Samāwana, II, 168 ; Ibn Nuǧaym, VII, 5. (3) Ibn Nuǧaym, VII, 5. (4) Ibn Baškuwāl, 632 ss. : Ibn Ḫallikān, I, 284.

voir suprême. Ladite Ṯumayl tenait à cet effet des audiences régulières « entourée de ḳāḍi et de notables[1] ».

Quelle est la raison pour laquelle les auteurs établissent une assimilation entre la juridiction et le témoignage? La plupart se contentent de l'affirmer, sans en donner d'explication ; d'autres l'expliquent en des termes sybillins. La raison la moins obscure est celle que l'on trouve notamment dans le traité de *Maǧma' al-anhor*. La juridiction et le témoignage, dit l'auteur de ce traité, impliquent également un principe d'autorité, parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de faire prévaloir l'action d'une personne à l'égard d'un tiers, et d'imposer une obligation à ce tiers, le témoignage ayant pour effet de lier le juge et la décision juridictionnelle ayant pour effet d'obliger le justiciable[2]. « Le témoignage étant la moins élevée « des autorités, il est naturel que l'on exige ses conditions pour la « plus élevée des autorités qui est la magistrature[3] ».

Mais ce sont là des développements bien scolastiques qui ne nous avancent guère dans la compréhension réelle du sujet, d'autant plus que les auteurs sont loin de tirer du principe qu'ils affirment toutes ses conséquences. Ainsi, surtout dans le droit musulman développé, les causes d'inadmissibilité du témoignage sont innombrables, causes que les auteurs ne retiennent pas comme causes d'inaptitude à la juridiction ; de même qu'en revanche, une des conditions d'aptitude à la magistrature, la science juridique, ne constituent pas une condition d'admissibilité du témoignage. Nous penserions plutôt que l'assimilation entre la juridiction et le témoignage, purement factice, a constitué un procédé scolastique qui est venu à l'esprit des auteurs, du fait de l'analogie qu'ils ont relevée, après coup, entre certaines conditions de deux institutions particulièrement importantes dans le système juridique musulman.

*La puberté.* — A l'instar d'autres législations primitives, le droit musulman fait coïncider l'âge de la majorité juridique avec la puberté. C'est ainsi que, d'après les articles 866 et 967 de la Maǧalla, l'impubère ( *ṣaġīr* ) est frappé d'incapacité, pour tous les actes de la vie juridique. Aussi, son témoignage est-il inadmissible. C'est pourquoi, toujours en raison de l'analogie qu'établissent les juristes entre le témoignage et la juridiction, l'impubère est déclarée inapte aux fonc-

(1) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 153 ; Abū Al-Maḥāsin, II. 203. (2) Dāmād, II, 151 ; Marġināni, III, 81. (3) Kāsāni, VII, 3.

tions judiciaires. L'impubère n'est pas apte aux fonctions judiciaires parce que, disent, avec plus de raison, certains auteurs, « il est irres- « ponsable[1] qu'étant incapable de faire pour lui-même un acte ju- « ridique, *a fortiori*, il ne pourrait en faire, qui puisse concerner un tiers ».

L'âge de la puberté est fixé, dans le madhab ḥanafite, à quinze ans révolus. Mais, entre cet âge et l'âge de douze ans révolus, l'individu peut être reconnu capable, si du fait de sa constitution physique particulière, il présente déjà les signes physiologiques de la puberté ( art. 987 Mağalla ).

En fait, c'était à un âge avancé que l'on accédait à un poste de judicature ; la preuve en résulte des rares cas où l'on voit des hommes, nommés, tout jeunes, magistrats. Ces cas, rapportés par les juristes et les historiens, apparaissent comme exceptionnels et n'ont pas manqué de soulever des protestations. Pour prouver que la jeunesse n'est pas un obstacle de principe à l'accession aux fonctions judiciaires, Saraḫsi invoque une tradition suivant laquelle le calife 'Umar aurait nommé un jeune homme ḳāḍi de Damas, en se contentant de s'assurer de sa science juridique[2]. Nous avons déjà relaté le cas de Yaḥya ibn Akṯam qui, à l'âge de vingt ans ( à dix-huit ans, suivant certains auteurs[3] ), fut nommé ḳāḍi de Baṣra. L'historien Yāḳūt rapporte que Tannuḫi fut nommé ḳāḍi à l'âge de trente deux ans[4]. Cette promotion fut considérée comme exceptionnelle, et le poète en tire parti dans l'éloge qu'il fait de ce nouveau magistrat[5]. Un ḳāḍi d'Egypte, de la fin du premier siècle, accéda à son poste à l'âge de vingt-cinq ans[6]. 'Abdallah ibn Ibrahim, ḳāḍi d'Egypte, au début du IV siècle H., était, suivant le témoignage de Ibn Hağar من شباب بغداد ( de la jeunesse de Bagdad[7] ). Un fait plus important encore, c'est l'accession au poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt du successeur de Ḥasan ibn abi Al-Šawārib, Yūsof ibn 'Umar, alors qu'il n'avait que vingt ans[8].

(1) C'est ainsi que je traduis l'expression de Māwardi : لا يجري عليه قلم cf. l'ouvrage *Al-ḳaṣā'id al-sab' al-'alawyyāt*, 118 : رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون حتى يبرأ وعن الغلام حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ (2) Saraḫsi, XVI, 67. (3) Saraḫsi, XVI, *eod. loc.* (4) Yākūt, II, 347. (5) Yākūt, VI, 252 :

اذا ذكر القضاة وهم شهودٌ تميزت الشباب على الشيوخ

(6) *Wulāt*, 330. (7) *Wulāt*, 531. (8) *Wulāt*, 563. Les protestations du sentiment populaire contre de telle nominations s'exprimaient souvent par la bouche des poètes qui y trouvaient une matière facile à des développements satiriques. Ainsi, le gouverneur-d'Egypte 'Abdallah ibn 'Abd al-Malik ayant désigné au siège du Caire un

**Deuxième condition** : *L'intelligence.* — Qu'est-ce qu'il faut entendre exactement par cette notion ? Il ne s'agit pas seulement de l'entendement qui rend l'individu responsable de ses actes, du fait de son aptitude à comprendre les choses nécessaires et courantes de la vie ; le candidat doit en plus « jouir d'un discernement judicieux, « n'être pas sujet à la distraction, être capable de dénouer des situa- « tions compliquées[1] ».

**Troisième condition** : *La liberté.* — L'inaptitude de l'individu qui ne jouit pas du statut de liberté aux fonctions judiciaires est une des conséquences naturelles de l'état d'esclavage. Comme le dit bien logiquement Māwardi, « l'esclave n'ayant pas autorité sur sa propre « personne, ne peut en acquérir sur autrui ». De plus, « l'état d'esclavage « étant un empêchement au témoignage constitue, *a fortiori*, un em- « pêchement à l'accession à une fonction publique et à l'exercice de l'autorité[2] ».

Cette incapacité s'étend également aux individus « qui ne jouis- « sent pas du statut complet de liberté ». Les auteurs désignent par là, l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement à cause de mort ( المدبّر ), l'esclave qui a stipulé son affranchissement sous condition de paiement d'une somme déterminée d'argent ( المكاتب ), et l'esclave bénéficiaire d'un affranchissement partiel ( من رقّ بعضه )[3].

En revanche, l'esclave affranchi complètement, acquérait, sans restriction, le droit d'occuper un poste de magistrature judiciaire, Ce droit était reconnu à l'affranchi, même s'il restait soumis à des droits de patronat.

L'incapacité de l'esclave, en cette matière, est interprétée étroitement. Pour les services connexes au service judiciaire, mais qui ne

jeune homme ( كان غلاماً حديثاً ), à la place de 'Umrān, ce dernier ne manqua pas d'exprimer en vers sa mauvaise humeur, précisément en invoquant le jeune âge du ḳāḍi qui venait de l'évincer.

لحى الله قوماً أمّروك الم يروا  باعظامك التخنيث كيف يريب
أتصرفني جهلاً عن الحكم ظالماً  ووليته عجزاً فتـــاةً تخيب

(1) *Wulāt*, 328 ; Māwardi, éd. ég., 61. (2) Māwardi, éd. ég., 61. (3) Le droit musulman entend par là une situation suivant laquelle un esclave est affranchi sous condition de payer le prix d'une partie déterminée de sa liberté, étant d'ores et déjà affranchi purement et simplement pour l'autre partie ( Marġināni, II. 46 ).

comportent pas l'exercice d'une parcelle d'autorité publique, l'esclave n'est frappé d'aucune incapacité. Ainsi on reconnaît qu'il peut délivrer des consultations juridiques. Cette faculté entraînera le droit pour un esclave d'être nommé à un poste de *mufti*, lorsque cette situation sera érigée en fonction publique.

**Quatrième condition :** *L'islam.* — Le candidat à la magistrature doit être de religion musulmane. Certains auteurs, comme Ġazali[1], ne mentionnent pas cette condition, tant elle leur semble évidente ; elle est sous-entendue nécessairement. Cette condition se justifie, en premier lieu, parce que le témoignage en justice de l'infidèle, dans le droit musulman tel qu'il s'est définitivement constitué, n'est pas admissible. Elle résulte également d'un texte coranique suivant lequel « Dieu ne donnera aucune autorité aux infidèles sur les musulmans ». Cette incapacité dont est frappé le non-musulman ne concerne que la juridiction qui s'exerce sur les musulmans. On admet que le non-musulman peut être nommé ḳāḍi par l'autorité islamique même, pour juger les différends entre les membres de sa communauté. Mais la doctrine classique, en général, ne reconnaît pas à un tel magistrat une condition juridique identique à celle du ḳāḍi proprement dit, en ce sens que, d'une part, sa juridiction n'est pas obligatoire — ses justiciables peuvent saisir valablement le ḳāḍi musulman[2] —, et que, d'autre part, le pouvoir musulman n'est pas obligé de donner l'appui de la force publique pour l'exécution de ses sentences. Cependant, les auteurs de la basse époque n'expriment plus ces réserves tout au moins sur le deuxième point lorsqu'ils reconnaissent que le *kāfir* ( l'infidèle ) peut être nommé par l'autorité islamique ḳāḍi parmi ses coréligionnaires[3].

**Cinquième condition :** *La ʿadāla,* — Condition requise, dit Māwardi, pour l'accession à toutes sortes de fonctions publiques comme aussi pour l'admissibilité du témoignage[4].

La définition de la qualité de la *ʿadāla* est très différente suivant les auteurs. D'après la formule de Māwardi, reprise par d'autres auteurs[5], la ʿadala équivaudrait à une véritable perfection morale et religieuse. D'autres formules sont moins exagérées[6]. En définitive, on

(1) Ġazāli, Waǧīz, II, 143. (2) Māwardi, éd. ég., 62 ; Nuwayri, VI, 249.
(3) Ibn ʿAbdīn, IV, 415. (4) D'une façon générale, les auteurs établissent une correspondance entre les qualités exigées chez les témoins et celles requises chez les magistrats. (5) Māwardi, 62 ; Nuwayri, VI, 249 ; cf. *E. I.*, 2e éd., Vo *Adl.*
(6) Cf. Ġazāli, *Muṣṭasfa*, I, 157.

peut traduire le terme, quant à la magistrature par « trés bonne moralité ».

Mais cela, c'est la théorie pure, l'idéal. En fait, on n'a pas pu compter garnir les cadres de la magistrature avec des candidats remplissant cette condition. C'est pourquoi, de bonne heure, la doctrine elle-même, spécialement dans les rites ḥanafite et malékite, contrainte par les réalités et les nécessités pratiques, commença par discuter la condition de la ʿadāla, et finit par ne plus même l'exiger[1]. D'après une première opinion, le ḳāḍi ne jouissant pas de la ʿadāla, quoique valablement nommé, devrait être révoqué[2]. Puis les auteurs ne font même plus cette réserve. Dans les écrits des juristes, ḥanafites et malékites notamment, la ʿadāla n'est plus mentionnée parmi les conditions d'aptitude[3], et ces auteurs ne manquent pas d'invoquer, pour justifier cette supression, l'immoralité générale des candidats. C'est pourquoi, le « *fāsik* » ( le contraire de *ʿaḍl* ) peut être valablement nommé à un poste judiciaire. A plus forte raison, le ḳāḍi qui, ayant la qualité de la ʿadāla, la perdrait au cours de l'exercice de ses fonctions, ne serait pas déchu[4]. Tout au plus, les auteurs recommandent-ils d'écarter un candidat *fāsiḳ*.[5] ; ou bien, ils font de la ʿadāla une condition de simple priorité شرط الاولوية[6]. Pour d'autres, elle est simplement une « marque de perfection[7] ».

**Sixième condition** : *Les sens de l'ouïe et de la vue.* — C'est par ces deux sens que le ḳāḍi pourra « distinguer entre le demandeur et le « défendeur, le plaideur qui avoue et celui qui nie, la vérité et l'erreur [8]». D'autres auteurs, ḥanafites et malékites, exigent, en plus, que le candidat ne soit pas muet[9]. En revanche, dans l'Ecole šāfiite seule, l'usage de la vue est indiqué expressément parmi les conditions d'aptitude[10].

En dehors de la cécité, de la surdité et du mutisme, aucune infirmité n'entraîne incapacité à être nommé ḳāḍi. Un paralytique pourrait valablement accéder à la magistrature. Cependant, les au-

(1) Dans notre temps, il n'y a plus de gens ʿudūl, disent les auteurs (*Maǧmaʿ*, II, 151). Certains auteurs, à propos de la ʿadāla, exigent simplement que le ḳāḍi n'ait pas subi de condamnation pour « calomnie » ( Kāsāni, VII, 3 ). Cela est assez singulier, puisqu'il y a beaucoup d'autres condamnations infamantes, qui rendent un candidat indigne.
(2) Marǧināni, III, 81 ; Ibn Farḥūn, I, 18. (3) Marǧināni, *eod loc.*, Kāsāni, 3 ; Ibn Farḥūn, *eod. loc.* (4) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 13. (5) Kāsāni, VII, 3.
(6) Kāsāni, *eod. loc.* (7) Kāsāni, *eod. loc.* (8) Māwardi, 62.
(9) Kāsāni, *eod. loc.* (10) Ġazāli, Waǧīz, II, 143.

teurs recommandent de ne choisir que des hommes sains de toute infirmité grave.

**Septième condition** : *La science juridique.* — Le candidat à la magistrature doit connaître la loi, le *šar'*. Il doit connaître « le permis « et le défendu et toutes les règles[1] ». Quels sont les éléments de cette connaissance ? Elle comporte, principalement, la science des « racines » ou fondements du droit ( الاصول ) qui sont : 1° — Le Coran et toutes les prescriptions qu'il contient, qu'elles soient d'ordre général ou particulier, avec leur commentaire, ainsi que la distinction entre les versets abrogés et les versets abrogeants ; 2° — La Sunna du Prophète, résultant de ses paroles et de ses actes, ainsi que les procédés de transmission de cette Sunna et son caractère authentique; 3° — L'interprétation du Coran et de la Sunna, suivant la Tradition, et la connaissance des règles sur lesquelles en cette matière l'accord unanime ( الاجماع ) s'est établi, — que le ḳāḍi doit suivre, — ainsi que les règles suscitant des controverses pour lesquelles le ḳāḍi conserve sa liberté d'appréciation ; 4° — Le ḳiyās, qui permet de statuer sur les difficultés dont on ne trouve pas la solution dans le Coran, la Sunna ou l'iǧmā', par un raisonnement trouvant appui sur un texte des sources premières.

Aussi bien, la condition de science juridique signifie, à proprement parler, non seulement la connaissance des textes mêmes de la loi tels qu'ils sont établis dans les sources premières, mais aussi la capacité de déduire, par la méthode orthodoxe de raisonnement, les solutions appropriées. C'est ce qu'on appelle la capacité du *iǧtihād* ; — le ḳāḍi doit, en principe, être un *muǧtahid.*

Māwardi insiste particulièrement sur cette sixième condition. A plus d'une reprise, il affirme que la nomination d'un ḳāḍi non *muǧtahid* est nulle de plein droit ; que seraient nuls, dans les mêmes conditions, les jugements que rendrait ce ḳāḍi ; et que l'accord sur ces points est unanime entre les juristes. A l'appui de sa doctrine, Māwardi, comme d'autres auteurs, ne manque pas d'invoquer des traditions, d'après lesquelles le Prophète lui-même, avant de nommer ses ḳāḍi, les examinait sur leurs connaissances juridiques.

Mais, sur ce point encore, le fait allait démentir la théorie. Si,

(1) Kāsāni, *eod. loc.*

dans une partie de la littérature juridique, cette théorie continuera à être tranquillement enseignée, dans beaucoup d'ouvrages on voit les réalités pratiques prendre le dessus et s'imposer à l'enseignement de la doctrine. Elle reconnaît qu'il n'est plus possible de trouver des candidats ayant la qualité de muǧtahid, et, en conséquence, elle finit par rejeter délibérément la condition de science juridique[1]. Suivant Saraḫsi, presque contemporain de Māwardi, il est simplement recommandé au candidat de ne pas briguer une fonction judiciaire s'il n'est pas muǧtahid[2]. La nomination du ḳāḍi *ǧahil* ( ignorant la loi ) est valable ; il aura recours, pour l'exercice de ses fonctions, aux lumières de personnes instruites[3]. La science juridique constituerait, le cas échéant, un simple motif de préférence, en ce qu'il est recommandé à l'autorité, qui a à choisir entre différents candidats, de donner la priorité au candidat instruit[4].

Pourquoi la connaissance de la loi n'est-elle plus exigée pour l'aptitude aux fonctions judiciaire? Certains auteurs l'expliquent franchement. « Notre génération manque de personnes possédant la scien- « ce juridique[5] ». « Il n'est plus possible de notre temps de trouver « chez un candidat les mérites requis pour la magistrature » dit un autre auteur[6]. « Il n'y a plus de *ʿālim* ( contraire de *ǧāhil* ) » dit encore un auteur malékite. « On exigeait anciennement la science de la loi, dit Ibn Farḥūn, parce qu'il se trouvait des gens possédant « cette science... Or ( maintenant ) cette science est perdue dans le « Maġreb... On ne trouve pas même dans toute l'étendue d'une gran- « de province un seul muǧtahid[7] ».

(1) Il semble bien cependant que, pendant l'apogée de l'institution judiciaire, le ḳāḍi al-ḳuḍāt procédait parfois à un examen professionnel du candidat, portant aussi bien sur ses connaissances juridiques que sur d'autres qualités accessoires, particulièrement appréciées. Nous avons déjà rapporté que, d'après Ibn Ḳutayba, le ḳāḍi al-kuḍāt Yaḥya Ibn Akṯam posait au candidat certaines questions de droit ( Ibn Ḳutayba, 59 ). Le même Ibn Akṯam donnait à son maître, le calife Ma'mūn, pour éprouver les qualités de discrétion et de sérieux d'un candidat, le conseil suivant : « Fais savoir au ḳāḍi que tu veux nommer, ton intention à ce sujet et ordonne-lui d'en garder le secret ; vérifie ensuite ce qu'il fera, en le faisant surveiller par des espions (اصحاب اخبار) » ( Tayfūr, II, 258 ).
(2) Saraḫsi, XVI, 62. (3) Marġināni, II, 81 ; Kāsāni, VII, 3, (4) Marġināni, II, 81. Ibn ʿAbdīn, IV, 424. — Pour les principes dans l'Ecole malékite, Dasūḳi, IV, 173 ; Ibn Farḥūn, I, 18. On va même jusqu'à admettre que non seulement l'ignorance juridique ne constitue pas un empêchement à l'accession à la magistrature, mais qu'il en est de même de l'ignorance intellectuelle en général, de telle sorte que l'on admet comme valable la nomination d'un candidat illettré ( Ġazāli, *Waǧīz*, II, 143 ). (5) Ibn ʿAbdīn, IV, 424. (6) Ibn ḳāḍi Samāwana, II, 153. (7) Ibn Farḥūn, I, 18.

Il serait intéressant de savoir si la condition de la science juridique était réellement exigée dans la pratique au cours des premiers siècles de l'Islam, et ne serait tombée en désuétude que par la suite ; ou bien si, dès les origines, elle n'a eu qu'un caractère purement théorique. Il serait imprudent, pour se former une opinion sur ce point, de se fier aux affirmations de certains auteurs, qui présentent toujours les générations antérieures à la leur comme pleines de science et de vertu.

Si l'on considère qu'au cours des époques où vivaient les auteurs qui ne cessent d'invoquer l'ignorance des candidats à la magistrature, c'est-à-dire, dès le Ve siècle H.[1], les écoles de droit étaient nombreuses dans les pays musulmans, on peut présumer que, pour les siècles antérieurs où l'instruction était moins répandue, l'argument d'ignorance de la loi était encore plus valable.

Que doit alors faire le ḳāḍi qui ne connaît pas la loi ? Comment pourrait-il assurer l'exercice de ses fonctions ? Il aura recours aux lumières d'une personne qualifiée par sa science, un *faḳīh*[2]. La doctrine est unanime pour reconnaître cette faculté aux ḳāḍi et même pour leur en recommander la pratique. La littérature courante rapporte aussi des traditions pour confirmer cet usage.

## §. 2. — Conditions de fait

En dehors des conditions légales, beaucoup d'autres considérations entraient en ligne de compte et jouaient un rôle important dans le recrutement de la magistrature. Réservant pour le moment la question de la vénalité des charges et sa conséquence naturelle, l'hérédité, nous nous bornerons à traiter des trois facteurs les plus importants qui ont exercé une influence déterminante dans les nominations judiciaires : 1° — la race ou nationalité ; 2° — le maḏhab ; 3° — les croyances religieuses.

(1) D'après Suyūṭi (*Tārīḫ*, 168), c'est vers la fin du IVe siècle H. que la première école de fiḳh fut édifiée. Il est bien entendu qu'auparavant l'enseignement du droit se donnait, individuellement, par les fuḳahā'. (2) Cette personee s'appelle *mufti*. Mais Ibn 'Abdīn déplore encore l'impossibilité de trouver un mufti capable (IV, 424). Nous retrouverons plus loin cette question, en traitant des mufti.

1° — *La race ou nationalité.* — Au sein du monde musulman encore uni par la foi religieuse, les aspirations nationales des différentes races n'avaient pas abdiqué complètement. L'Egyptien du Caire ne se sentait naturellemunt pas chez lui auprès de l'Irakien de Bagdad, et le Syrien de Damas ne communiait pas dans les mêmes sentiments avec l'habitant de l'Afrique occidentale. A l'intérieur de chacune des communautés, unies sous le signe de l'Islam, l'amour-propre national affirmait ses exigences dans l'attribution des postes administratifs et judiciaires. Le particularisme des grandes villes, tout au moins des capitales, jouait, aussi, un rôle considérable.

En conséquence, le pouvoir central ne manquait pas de prendre en considération ce sentiment dans le choix des magistrats locaux qui relevaient directement de lui. Diverses anecdotes historiques sont à cet égard très suggestives, Ainsi, sous les Abbassides, il n'était pas admis que le ḳāḍi al-ḳuḍāt, siégeant à Bagdad, fût étranger à cette ville. Ibn Ḥamdūn rapporte, à ce sujet, qu'au IVe siècle H., le nom d'un candidat étranger à la capitale, ayant été suggéré à Mu'izz ibn Buwayh, pour le poste de grand-juge, le sultan rejeta cette candidature, pour le motif suivant : « Comment ! dit-il, je lais-« serai dire que je n'ai pas trouvé à Bagdad, une personne digne de « ce poste pour en aller chercher ailleurs[1] ! ». Kindi raconte qu'après la mort de Abū-Ḫazīma, ḳāḍi d'Egypte, le calife Manṣūr avait nommé un magistrat qui n'était pas égyptien. Grand émoi parmi les habitants du Caire. qui décident d'envoyer une délégation à Bagdad pour protester contre ce qu'ils considèrent comme un passe-droit et une humiliation. Les délégués ayant été reçus au palais impérial, leur porte-parole dit au calife : « Pourquoi cherches-tu à nous faire du « tort, ô Prince des Croyants ! Tu veux ainsi nous humilier au regard « de tout le monde ; proclamer, en mettant à notre tête un homme « qui nous est étranger, qu'il ne se trouve dans notre pays aucun « homme capable d'exercer la magistrature ». Le calife répondit : « Soit ! indiquez-moi vous-mêmes un candidat ». Et les délégués ayant cité deux noms, le souverain nomma l'un des deux candidats proposés[2]. Le même Kindi rapporte encore que Ibn Ṭāhir, gouverneur d'Egypte, au début du IIIe siècle H., ayant révoqué le juge du Caire en exercice, convoqua des notabilités de cette ville et leur demanda de faire choix d'un candidat. Le premier des assistants qui prit la parole dit au gouverneur : « O Emir ! nomme qui tu voudras ! « Nous n'avons qu'un seul vœu : évite de choisir un étranger ou un paysan[3] ». Lorsque Mansūr eut nommé au siège de Kūfa, Ǧawṯ ibn

(1) Amedroz, JRAS, 1910, 789. (2) *Wulāt*, 369. (3) *Wulāt*, 370.

Sulaymān « l'Egyptien », celui-ci accueillit cette faveur sans aucun empressement. « Ce pays n'est pas mon pays, dit-il au calife ; et je « ne connais pas ses habitants ». C'est pourquoi, dit l'historien, les plaideurs ne se présentaient pas devant ce nouveau ḳāḍi[1].

Ainsi, les divers pays recrutaient leurs magistrats parmi leurs propres habitants. Et ce qui était vrai pour le ḳāḍi du chef-lieu de chacun de ces pays, qui était nommé par le pouvoir central ou son représentant local, devait l'être à plus forte raison des magistrats de districts qui relevaient soit de ce représentant, soit même du ḳāḍi du chef-lieu. Sans doute, des exceptions à cette coutume n'étaient pas rares. Mais ces exceptions elles-mêmes tendaient à confirmer la règle. Ainsi, en l'an 664/1265, Ismā'īl ibn Elišaʿ avait été nommé ḳāḍi d'Egypte. « Ce fut le premier Irakien » qui occupa ce poste, disent les textes. Et pour ce motif, des intrigues s'étant formées immédiatement contre lui, il ne tarda pas à être révoqué[2].

2. — *Les maḏhab*[3]. — On sait que d'assez bonne heure, en Islam sunnite, la doctrine théologico-juridique se divisa en quatre Ecoles ou maḏhab principaux : ḥanafiite, šafiiite, malékite et ḥanbalite, reconnus comme également orthodoxes.

La doctrine a toujours soutenu que le kāḍi est libre d'adopter dans ses décisions l'opinion enseignée par l'un quelconque des quatre maḏhab orthodoxes ; que, même reconnu comme partisan d'un maḏhab déterminé lors de son entrée en charge, il peut, soit, sur un point déterminé, suivre un maḏhab différent, soit même changer entièrement de maḏhab ; que l'autorité supérieure ne peut pas imposer à un ḳāḍi, lors de sa nomination ou par la suite, l'obligation de juger suivant tel ou tel maḏhab ; que, le cas échéant, cette obligation serait nulle, sans que cette nullité affectât la nomination elle-même[4].

Mais la marge était grande entre la théorie et son application pratique. En fait, depuis la constitution des maḏhab, en Islam, de

(1) *Wulāt*, 376. (2) *Wulāt*, 373. Les hauts magistrats ne manquaient pas les occasions pour manifester leur nationalisme particulier. Ainsi, lorsque Ibn Ṭūlūn, dans ses premières tentatives de séparatisme, avait demandé à ses ḳāḍi de « maudire » le calife Muʿtaḍid, le ḳāḍi du Caire, Ibn Abū-Ḏurʿa, discourant dans la mosquée, commença par se vanter de sa nationalité syrienne et exalta la célèbre victoire de Muʿāwiya, à Ṣiffīn ( *Wulāt*, 520 ). (3) Sur l'ensemble de la question des maḏhab en Islam, cf., notamment Lammens, *l'Islam*, 92 ss. ; Goldziher, *Vorlesungen*, 2e éd., 88 ss. (4) Cf., sur ces divers points, Māwardi, 64.

grands efforts étaient dépensés par leurs partisans respectifs pour gagner à leur cause le plus grand nombre d'adeptes possible. Et, quoique les divergences doctrinales entre les différents madhab fussent, en réalité, loin d'être nombreuses, ni essentielles, ces madhab ne tardèrent pas à revêtir un caractère nettement politique, qui fut générateur de controverses très vives et souvent sanglantes. Il n'est donc pas étonnant de voir que les autorités supérieures dans les différentes parties du monde, suivant qu'elles adoptaient tel ou tel madhab, ne recrutaient leurs fonctionnaires, et, plus spécialement, les magistrats, chargés de l'application du *šar'*, interprété suivant les enseignements divergents des madhab, que parmi les adeptes du madhab auquel elles appartenaient elles-mêmes. Ce facteur politique a joué un rôle de premier plan dans l'expansion des madhab et leur prépondérance dans les diverses parties du monde musulman. Telle dynastie, fidèle au madhab ḥanafite, ne choisissait ses juges, ses maîtres d'écoles, pour peu qu'elle ne rencontrât pas une résistance trop forte de la population, que parmi les adeptes du même madhab, et arrivait ainsi à le propager dans toute l'étendue du territoire soumis à son autorité. Les ḳāḍi eux-mêmes, ou les grands dignitaires qui avaient pouvoir de nomination aux postes judiciaires, ne manquaient pas d'agir dans le même sens.

Les manifestations de cet état de choses sont multiples. Ainsi, Abū-Yūsof, premier grand-juge de l'empire abbasside, ayant la haute main sur toute l'administration judiciaire, ne pouvait manquer de se laisser inspirer, dans le choix de ses magistrats, par le désir d'assurer aux adeptes du madhab de son maître Abū-Ḥanīfa, — à une époque où la lutte entre les différents rites était très vive — le plus de situations possible. Et, de fait, l'histoire reconnaît que, dans la diffusion du madhab ḥanafite en Orient au détriment du madhab šafiite, Abū-Yūsof exerça une influence prépondérante[1]. Plus tard, dans la seconde moitié du IIIe siècle H., un ḳāḍi al-ḳuḍāt, du nom de Isma'īl, fut nommé à Bagdad ; il était de madhab malékite. Les annalistes racontent que, sous son administration, la doctrine de Mālik reçut en Irak une expansion telle qu'il ne s'en était jamais produit[2]. Or, à cette fin, le procédé le plus sûr et le plus efficace qui pouvait être employé par un grand-maître de l'ordre judiciaire était bien d'exiger des candidats à la magistrature, sollicitant sa faveur, une fidélité à son propre madhab. De cette même expansion du madhab malékite et son influence dans les nominations judiciaires, nous avons des

(1) Lammens, *Islam*, 95. (2) Yāḳūt, II, 257.

exemples décisifs, tirés de l'histoire de l'Espagne et l'Afrique musulmanes. Un juriste fameux, Yaḥya Al-Layṯi ( + 234/848 ), disciple de Mālik, avait acquis une situation prépondérante auprès de l'émir d'Andalousie, 'Abd Al-Raḥmān ibn Al-Ḥakam. « Ses avis étaient tou-« jours écoutés, en ce qui concernait les ḳāḍi : aucun ḳāḍi, dans « toutes les parties de l'Andalousie n'était nommé que sur sa présen-« tation. Or, il ne recommandait à l'émir que des adeptes de son « propre maḏhab...[1] ». Maḳrīzi rapporte, d'autre part, que lorsque Saḥnūn ( + 240/854 ), un des juristes les plus célèbres de l'Ecole malékite, fut nommé ḳāḍi d'Ifriḳya, tous les postes judiciaires y furent accaparés par des juristes de cette Ecole[2].

Lorsque, dans une province fidèle à un maḏhab déterminé, un ḳāḍi adepte d'un autre maḏhab était nommé, sa situation devenait immédiatement très difficile et l'autorité supérieure était parfois contrainte de le déplacer ou de le licencier. C'est ce qui arriva, par exemple, au ḥanafite Ismā'īl ibn Elišā', ḳāḍi du Caire ( 164/780 - 167/783 ). « Ce fut le premier ḳāḍi de maḏhab ḥanafite, nommé en Egyp-« te. C'était un de nos meilleurs juges, sauf qu'il suivait le maḏhab « de Abū-Ḥanīfa que les Egyptiens ignoraient... Son autorité leur de-« vint odieuse et ils ne manquaient pas les occasions pour l'injurer ». Il ne tarda pas à être destitué[3].

Le maḏhab šafiite ayant été depuis longtemps prédominant en Egypte, il ressort d'un passage de Suyūṭi[4] que la condition de maḏhab šafiite était une condition nécessaire pour toute nomination au poste de ḳāḍi suprême dans ce pays.

C'est dans la désignation du titulaire au poste de grand-juge que la condition de maḏhab jouait un rôle de premier plan. Le ḳāḍi al-ḳuḍāt était censé représenter la doctrine religieuse et juridique de la dynastie régnante, puisqu'il était le vicaire, le nā'ib principal, du calife ou du sultan. Nécessairement il devait professer le même maḏhab que son maître. Après l'avènement des Mamluk, la question du maḏhab jouera un rôle déterminant dans la création de quatre postes de grand-juge : il y en aura un de chaque maḏhab. Dorénavant, dans toutes les provinces, comme dans la métropole, où cette pluralité de ḳāḍi al-ḳuḍāt existera, la condition naturelle de nomination d'un candidat à l'un d'eux fut son appartenance au maḏhab correspondant au poste sollicité.

(1) Amīn, *Ḍuḥa al-islām*, II, 217. (2) Maḳrīzi, IV, 144. (3) *Wulāt*, 371.
(4) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 100.

III. — Une question connexe à celle du madhab est la question de la doctrine théologique, qui joua en une période déterminée de l'histoire judiciaire un rôle important. On sait que l'idée de la *Parole de Dieu* a constitué dans l'Islam un des principaux objets de controverse dogmatique. Sur le terrain plus particulier du Livre Saint, considéré comme contenant la Parole de Dieu, on discutait la question de savoir si cette Parole avait existé de toute éternité ou bien si elle avait été l'objet d'un acte de création, produit à une date déterminée. C'était la fameuse controverse du Coran créé et du Coran incréé. L'Ecole traditionnelle soutenait cette deuxième opinion ; tandis que les Mu'tazilites, qui avaient eux-mêmes ouvert le débat, soutenaient que le Coran avait été créé. Ces controverses ne tardèrent pas à prendre un caractère aigu. Un des plus grands atouts que les Mu'tazilites mirent dans leur jeu fut de commencer par gagner à leur cause le chef suprême de l'Islam, en la personne du calife Ma'mūn. Ce calife voulut alors imposer à tous les sujets musulmans de son empire sa croyance mu'tazilite. Plus spécialement, dans la magistrature, du fait du caractère religieux qu'avait pris cette fonction dans l'Islam, Ma'mūn ne voudra plus engager ou même maintenir dans leurs charges que des ḳāḍi, adeptes de la nouvelle doctrine théologique. A cet effet, il adressa en l'année 218/833, au gouverneur de Bagdad, Abū Al-Ḥusayn, et aux gouverneurs de province, des instructions les invitant à convoquer tous les ḳāḍi de leurs ressorts et à les examiner sur la question de la création du Coran. Cette épreuve fameuse dans les annales de l'Islam, sorte d'inquisition, a porté le nom de *miḥna* محنة[1]. Les ḳāḍi qui refusaient de reconnaître que le Coran était créé étaient révoqués purement et simplement. « Le Prince des Croyants, dit la « lettre, ne se fera pas aider, dans la gestion de ses affaires et des « intérêts que Dieu lui a confiés, par des personnes dont la religion « et la pureté de *tawḥīd* ( croyance en l'unité de Dieu » ne sont pas « sûres[2] ». Cette épreuve ne sera pas subie par le ḳāḍi seul, mais aussi par ses auxiliaires, ses *šuhūd* ou témoins qualifiés.

A plus forte raison, dans la lutte entre les deux grands partis — sunnisme et ši'isme — seuls étaient nommés aux postes de judicature d'un pays des magistrats adeptes de la doctrine des maîtres du pouvoir. Ainsi lorsque les Fatimites — šiites ismaïliens — étendirent

(1) L'inquisition de la *miḥna* ne dura pas longtemps. Commencée en l'an 218/833, elle prit fin en 234/848. Mais alors « de persécutés ( les adversaires des mu'tazilites ) de- « viennent persécuteurs » ( Goldziher. *Vorlesungen*, 2e éd., 105 ss. ). (2) V. le texte de l'épître *in* Ṭayfūr, 343 ; Ibn 'Asākir, II, 455 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 218.

leur domination en Egypte, leur premier ḳāḍi al-ḳuḍāt y fut un šiite ismaïlien.

### §. 3. — Conditions de validité de l'acte de nomination. Les conditions de fond

Les conditions requises pour la validité de l'acte même de nomination se réfèrent tant au fond qu'à la forme. En exposant cette double catégorie de conditions, Māwardi spécifie qu'elles sont requises pour toutes les fonctions publiques ; qu'elles ne sont pas spéciales à la magistrature.

a. — La nomination d'un magistrat, comme de tout autre fonctionnaire public, s'opère par une manifestation de volonté unilatérale de l'autorité compétente. Sans doute, l'acceptation du candidat est indispensable. Mais elle constitue non point, comme dans les contrats du droit privé, un élément essentiel de l'acte de nomination, mais seulement un élément de « perfection ». « La perfection ( de « l'acte de nomination ) est conditionnée par l'acceptation du ḳāḍi « nommé » dit Māwardi. Il y a là une *adhésion* de l'interessé à un acte juridique déjà existant.

b. — L'acte de nomination ne doit être infecté d'aucune erreur. L'autorité qui nomme un ḳāḍi doit savoir que le candidat remplit toutes les conditions d'aptitude requises. Si cette connaissance fait défaut, la nomination serait nulle. Cet élément psychologique est indépendant de son objet, en ce sens que si l'autorité procède à une nomination dans l'ignorance que le candidat possède les qualités requises, alors qu'il les possède en réalité, la nullité serait quand même encourue. Dans ce cas, il y aurait lieu, l'erreur étant dissipée, à accomplir un nouvel acte d'investiture, lequel n'aurait pas effet rétroactif.

c. — L'adhésion du candidat doit se faire avec la connaissance que l'autorité qui le nomme est bien l'autorité légitime, ayant pouvoir de procéder à cette nomination. Mais la doctrine spécifie bien que ce nouvel élément psychologique ne constitue pas un élément essentiel de l'acte de nomination, mais seulement, de l'adhésion du ḳāḍi. La doctrine est logique ainsi avec elle-même, l'acte l'adhésion n'étant pas lui-même une condition essentielle de la validité de la

nomination[1]. Quant à la preuve de la légitimité de l'autorité supérieure, Māwardi déclare qu'il n'est pas nécessaire que le candidat en acquière une connaissance personnelle et directe ; il suffit que cette légitimité soit de notoriété publique.

Cette troisième condition présente comme la précédente un caractère plus théorique que pratique. D'une part, nous avons vu combien la doctrine elle-même s'était relachée quant aux conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires. D'autre part, cette même doctrine n'insiste plus sur la légitimité de l'autorité, comme condition de validité de l'investiture des fonctions publiques[2]. A plus forte raison, la connaissance de cette légitimité chez le candidat nommé n'est-elle pas nécessaire. Nous avons déjà vu que Māwardi, se basant sur l'idée de nécessité, reconnaissait l'existence des gouvernements qui, contrairement à tout droit, se sont imposés par la force. C'est cette même idée de nécessité qui est invoquée par les juristes pour admettre comme valables les nominations de ḳāḍi opérées par les autorités de fait. « Tout ḳāḍi nommé par un homme « *puissant* ( صاحب شوكة ) « peut rendre valablement des décisions, pour cause de nécessité », dit Ġazāli[3]. « Le ḳāḍi nommé par des rebelles ( بغاة ), dit un auteur, « est valablement institué[4] ».

C'est ainsi que se trouvent justifiées après coup les usurpations de pouvoir qui ont été à l'origine de tous les mouvements d'indépendance de certaines provinces à l'égard de l'autorité centrale, la nécessité où se trouvait un ḳāḍi nommé régulièrement par Bagdad d'obtenir l'assentiment du pouvoir local pour exercer ses fonctions. les nominations mêmes de ḳāḍi par ce pouvoir local, sans référence aucune à Bagdad.

(1) Si, dans les chroniques, on ne fait généralement pas mention de l'adhésion du candidat, c'est bien parce que, d'une part, l'on reconnaît implicitement que la nomination est accomplie par la seule déclaration de volonté de l'autorité supérieure et que, d'autre part, les cas de refus de la nomination sont très rares. Mais il n'en reste pas moins qu'il y a des cas de refus, comme nous le verrons plus loin ; de même, les annalistes font parfois état de l'adhésion du ḳāḍi, comme consacrant sa nomination ( *Wulāt*, 568 ). (2) Ḳalḳ., XI, 72 s. Même, d'après certains auteurs de la basse époque, la formule devient encore plus caractéristique « L'acceptation ( du ḳāḍi nommé » n'est « pas une condition pour la validité de nomination : il est nécessaire simplement qu'il « ne la rejette pas » ( Ibn Nuǧaym, VI, 271 ). (3) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 143, (4) Ḳāḍiḫān, II, 353.

**Les conditions de forme.**

a. — Comme pour les conditions de fond, les règles relatives à la forme de l'acte de nomination judiciaire sont les mêmes que les règles relatives à la nomination aux diverses fonctions publiques.

Ces règles sont, en principe, dépourvues de tout formalisme. La nomination du ḳāḍi peut se faire aussi bien par écrit que verbalement. Māwardi indique que dans le cas où le candidat se trouve en présence du représentant de l'autorité suprême de qui doit émaner la nomination, l'écrit n'est pas nécessaire, la nomination s'accomplira verbalement. Mais en cas d'absence, — ce qui en fait constitue l'hypothèse la plus courante — on recourra à l'écrit. La seule condition qui importe dans les deux cas, c'est la certitude de l'acte d'investiture. Lorsque la nomination se fait verbalement, sa certitude sera assurée par la preuve testimoniale ; lorsqu'elle se fait par écrit, ce sera l'acte écrit qui fera preuve, renforcé par la diffusion et la publicité que la nomination ne manquera pas d'avoir[1].

Une autre conséquence du défaut de formalisme consiste en ce qu'aucun terme, aucune formule, sacramentels ne sont essentiellement de rigueur. L'acte de nomination d'un ḳāḍi peut ou bien être conçu en termes exprès indiquant la volonté du pouvoir supérieur, ou bien, résulter tacitement de termes généraux, impliquant nécessairement cette volonté. Si la doctrine avait été logique avec elle-même, elle aurait laissé à l'autorité, de qui doit émaner l'acte d'investiture, le libre choix des termes par lesquels elle doit manifester sa volonté. Mais Māwardi et tous les auteurs après lui énumèrent limitativement les termes qui doivent être employés, dans les actes de nomination des magistrats. Ces termes se répartissent en deux catégories, suivant qu'il s'agit de nomination expresse ou tacite. Dans le premier cas, les termes qui doivent être employés sont au nombre de quatre. Etant donné leur caractère exprès, ces termes n'ont plus besoin d'être éclairés par d'autres expressions. Dans le deuxième cas, les termes qui peuvent être employés sont au nombre de sept. Mais, à eux seuls, ils ne sont pas suffisants ; étant donné leur caractére vague et équivoque, ils doivent être suivis d'expressions qui en éclairent le sens, telle l'expression : « Connais de ce dont je

(1) Ibn Farḥūn, I, 16.

« te charge », — « juge dans les matières pour lesquelles je me suis « remis à toi[1] ».

Les mêmes règles régissent l'adhésion du ḳāḍi à sa nomination. Elle peut, comme l'acte de nomination, s'opérer verbalement ou par écrit. On admet même que dans le cas où le candidat ne se trouve pas en présence dn représentant de l'autorité qui le nomme et que la nomination se fait par un diplôme écrit, l'adhésion du candidat peut résulter tacitement de son silence prolongé. Une autre variété d'adhésion tacite consiste dans le fait d'entreprendre l'exercice d'actes de la fonction. Les auteurs cependant signalent que ce mode d'adhésion est contesté par une partie de la doctrine[2].

b. — Indication de l'objet de la nomination. L'acte d'investiture doit spécifier expressément l'objet de la nomination, qui est la juridiction ( ḳaḍā' ). Nous avons vu, en effet, que les règles de forme comme celles de fond ne sont pas spéciales aux nominations judiciaires. Si donc un acte, conforme par ailleurs à toutes ces règles, n'indiquait pas son objet particulier, il serait dénué de tout sens, et, partant, inefficace.

Lorsque les termes de l'acte d'investiture se bornent à indiquer la juridiction, comme objet de la nomination, la compétence du ḳāḍi s'étendra sur toutes les matières qui constituent les attributions judiciaires normales. Mais tel n'est pas toujours le cas. « Le juge, dit Māwardi, peut être à compétence générale ou restreinte[3] ». Dans cette dernière hypothèse, l'indication de l'objet sera beaucoup moins laconique. Elle comportera la désignation expresse des matières dont la connaissance est spécialement dévolue au nouveau magistrat.

c. — Indication du ressort. L'acte de nomination doit porter indication de la ville ou de la circonscription territoriale sur laquelle s'étend la juridiction du nouveau titulaire. Ce ressort peut comprendre, dans les grandes agglomérations, une partie déterminée d'une ville. Ainsi, Bagdad était divisée en quartiers judiciaires, appelé *ǧawānib* ( sing. *ǧānib* جانب ), à la tête desquels se trouvaient autant de ḳāḍi distincts. Parfois aussi le ressort des ḳāḍi d'une ville était indiqué par le nom de la mosquée ou du quartier, dans lesquels il devait tenir audience. Dans d'autres cas, le ressort du ḳāḍi était indi-

(1) Māwardi, 65 ; Nuwayri, VI, 252. (2) Māwardi, 66 ; Nuwayri, VI, 253.
(3) Māwardi, 69.

qué par le nom de la province sur laquelle s'étendait sa juridiction; il y avait ainsi un ḳāḍi de Palestine, de Syrie, du Yémen, etc... Mais il faudrait se garder de croire que, lorsque toute une province était indiquée comme ressort d'un magistrat, sa situation était plus importante que quand le magistrat était nommé ḳāḍi d'une ville. C'est le contraire qui semble exact, étant donné que les ḳāḍi de la capitale du royaume ou du chef-lieu des grandes provinces étaient plutôt désignés par le nom de cette capitale ou de ce chef-lieu ; tandis que les ḳāḍi des provinces de moindre importance étaient souvent désignés par le nom de la province même.

## §. 4. — Le diplôme d'investiture

I. — Lorsque, vers la fin de la période umayyade, la bureaucratie de l'empire musulman adopta la langue arabe, la correspondance officielle continua à obéir aux règles précises précédemment en usage. Les nominations aux divers postes de l'Etat se faisaient par des diplômes d'investiture, dont le nom et les formes matérielles subirent des variations au cours des siècles.

En ce qui concerne plus particulièrement les nominations judiciaires, le diplôme d'investiture portait, sous les Umayyades, le nom de *'ahd* ( عهد ), abréviation de l'expression *kitāb al-'ahd*. Ce terme provient de la phrase par laquelle commençait le diplôme : هذا ما عهد به. L'histoire rapporte très peu d'exemples d'actes de ce genre. On en trouve cependant un spécimen dans Ḫušāni : le *'ahd* délivré dans les premières années du IIe siècle H., par le gouverneur d'Espagne au kāḍi Mahdi ibn Muslim[1]. Sous les Abbassides, la terminologie ne sera pas modifiée : le diplôme d'investiture des magistrats continuera à porter le nom de *'ahd*[2]. Les preuves historiques de cette appellation sont très abondantes. Tous les chroniqueurs et annalistes qui rapportent l'histoire des nominations judiciaires de cette époque désignent le diplôme d'investiture par le terme de *'ahd*. Lorsque, à la fin du IIIe siècle H., Ibn 'Abda fut nommé ḳāḍi d'Egypte, l'annaliste nous dit que son *'ahd*, émané du calife Muktafi, fut lu à la mosquée[3].

(1) Ḫušāni, 19. Cet historien se fait l'écho de certains doutes au sujet de l'authenticité du document ( *op. cit.*, 24 ). (2) Ḳalḳ., X, 242. (3) *Wulāt*, 518, 492, 482, 489, 575, 542, 539 ; Ṣābi, 401, 424, 429.

Un autre terme aussi couramment employé est celui de *kitāb*, qui n'est que le premier terme de l'expression susindiquée. On rencontre plus particulièrement ce terme au IIe siècle H.. C'est ainsi que sont désignées les nominations de ḳāḍi d'Egypte, comme Ibn Sulaymān, Mufaḍḍal et beaucoup d'autres[1]. Cette même pratique se poursuivra au IVe siècle H.[2]. On peut dire que les deux termes étaient employés sans aucune nuance de distinction.

Mais ce n'était pas seulement les diplômes d'investiture émanés du pouvoir central qui portaient le nom de *kitāb al-'ahd* ou *'ahd*, mais aussi les diplômes d'investiture délivrés par le ḳāḍi d'une circonscription à ses vicaires.

La chancellerie abbasside ne se départira jamais de cette terminologie, même lorsque d'autres dynasties en adopteront une autre. Ḳalḳašandi rapporte le texte d'un *'ahd* délivré par le calife Mustaršid, qui a régné dans la première moitié du VIe siècle H..

Les premières dynasties qui secoueront le joug de Bagdad et constitueront à leur profit des royaumes indépendants continueront à employer le même terme. Ainsi en est-il des Tulunides d'Egypte (254/868 - 292/904). C'est par des *'ahd* que Aḥmad ibn Tūlūn nomme un ḳāḍi dans un des districts de sa principauté[3].

Avec les Fatimites une nouvelle terminologie apparaît. Sans doute, la nouvelle bureaucratie ne rejettera pas complètement l'ancienne expression[4]. On verra, surtout au début de l'ère fatimite, des diplômes encore appelés *'ahd*, tel le diplôme d'investiture du kāḍi du Caire, Ḥusayn ibn Nu'mān, délivré par Ḥākim, en 389/998[5]. On verra aussi, exceptionnellement, employer un autre terme, celui de *taḳlīd* تقليد. D'après Kindi, lors de la nomination de 'Abd Al-'Azīz ibn Ḥayyūn, au Caire, en 394/1003, c'est son *taḳlīd* qui est lu à la mosquée[6]. Mais le terme officiel le plus courant, sous les Fatimites, est, sans conteste, le terme de *siǧill* (سجل[7]). Ainsi, le ḳāḍi Ibn 'Abd-

(1) *Wulāt*, 373, 377, 385. (2) *Wulāt*, 488, 550, 563. (3) Ḳalḳ., X, 29. (4) Ḳalk., X, 308. (5) *Wulāt*, 596, 611 ; Ḳalḳ., X, 384. (6) *Wulāt*, 599. (7) Ḳalḳ., X. 308. Nous avons déjà indiqué l'origine latine de ce terme. Il sera d'un très grand usage dans la langue juridique arabe. Il servira encore à désigner le document contenant le texte authentique d'un jugement ou d'un acte juridique, et, par extension, le registre des décisions judiciaires et même tout registre officiel (*Wulāt*, 379). Dans la pratique notariale, le verbe سجّل (saǧǧala) sera employé dans le sens d'établir un acte en la forme authentique (*Wulāt*, 594, 355 ; Ibn Farḥūn, I,97).

allah est nommé, en 350/961, par un *siǧill*[1]. De même, les ḳāḍi ʿAli ibn Ḥayyūn, Mālik Al-Fāriḳi, Aḥmad Al-Awwām, etc. sont nommés par *siǧill*[2].

Sous les Ayyubites (576/1171 - 648/1250), la terminologie se modifie encore. Trois expressions servent à désigner les diplômes d'investiture aux diverses fonctions publiques : *taḳlīd*, *tawḳīʿ* (توقيع), *marsūm* (مرسوم[3]). Le plus important est le taḳlīd, qui naturellement sera employé pour les nominations aux grands ressorts. On employait aussi parfois le terme de *manšūr* (منشور[4]) sur lequel nous reviendrons plus loin, ainsi que le terme de *tafwīḍ* (تفويض[5]).

Parmi toutes les dynasties musulmanes, ce seront les Mamluk qui consacreront le plus de soin et de minutie au style officiel. Des règles innombrables, enchevêtrées, régiront dans les détails les plus infimes, toute la correspondance des bureaux. Des traités entiers seront rédigés pour permettre, même aux scribes exercés, de se retrouver dans ce dédale de titres, de formules, d'expressions consacrées, afin d'attribuer à chaque destinataire, suivant sa qualité, son rang, sa religion, etc... la dose adéquate[6]. Le terme qui sert à désigner les diplômes d'investiture les plus importants est celui de *taḳlīd*. Il a commencé par être réservé, dans la magistrature, au ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite. Puis, lorsque le sultan Baybars institua quatre grands juges, un pour chaque madhab, chacun d'eux obtint le droit de recevoir sa nomination par *taḳlīd*. Par la suite, on n'employa plus, pour les ḳāḍi al-ḳuḍāt, que le terme de *tawḳīʿ*. Mais, sous le sultan Barḳūḳ, le premier des Mamluk burǧites, le ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite, puis le ḳāḍi al-ḳuḍāt ḥanafite, obtinrent d'être nommés par *taḳlīd*. Les deux autres grands juges devaient aussi, quelque temps après, se faire reconnaître le même privilège. Quant aux magistrats ordinaires, leur diplôme portait le nom de *tafwīḍ*[7]. Cependant ʿUmari précise que « bien que régulièrement les diplômes délivrés au ḳāḍi ordinaire ne doivent porter que le nom de *tafwīḍ*, les écrivains contemporains ont pris l'habitude de ne les appeler que *tawāḳīʿ* (pluriel de *tawḳīʿ*[8]).

(1) Ibn Ḫallikān, II, 220. (2) *Wulāt*, 496, 589, 611 ; Ibn ʿAsākir, III, 225. (3) Ḳalḳ., XI, 32. (4) Ḳalḳ., XI, 32. (5) Ibn Ḫallikān, I, 564, (6) Tel le Traité de ʿUmari, *al-Muṣṭalaḥ al-Šarīf*. (7) Sur toutes ces règles, cf. Ḳalḳ., XI, 82, 112, 174 ; ʿUmari, 84 s. ; Nuwayri, IX, 155 s. Sur un cas de ḳāḍi al-ḳuḍāt malékite nommé par *tafwīḍ*, Ḳalḳ., XI, 113. En Occident, dans les royaumes d'Espagne et du Maġreb, les diplômes d'investiture étaient appelés, depuis le VIIIe siècle, tout au moins, *ẓahīr* ; Ḳalḳ., XI, 247, X, 303. (8) ʿUmari, 84.

II. — Comment était rédigé le diplôme d'investiture du ḳāḍi ? Pour répondre avec quelque certitude à cette question, il ne nous paraît possible de prendre en considération que les modèles de diplômes de la chancellerie abbasside et des chancelleries des dynasties postérieures. L'authenticité des autres modèles antérieurs ne semble pas être à l'abri de tout soupçon. A la lecture des divers modèles de diplômes on remarque que plus on avance dans l'histoire, plus le document s'étend en longueur, le style devient emphatique et alambiqué, les titres nombreux et sonores. Nous retiendrons, comme modèle, un diplôme d'investiture du début du VIe siècle H., celui par lequel le calife Mustaršid nommait le ḳāḍi al-ḳuḍāt 'Ali Al-Zaynabi[1].

Le document débute par une phrase qui condense l'essentiel de l'acte de nomination : « Ceci est l'acte d'investiture du ḳāḍi al-ḳuḍāt « Al-Zaynabi par le Prince des croyants, Al-Mustaršid-billah ». Ensuite, le document énumère les qualités du magistrat. Puis, vient la formule de nomination et l'indication de l'étendue du ressort : فقلده قضاء القضاة بمدينة السلام وسائر الامصار في الافاق والاقطار شرقاً وغرباً وبعداً وقرباً. Cette formule est suivie des recommandations faites au nouveau ḳāḍi. Ce sont en premier lieu des recommandations d'ordre religieux : le ḳāḍi doit craindre Dieu et pratiquer la vertu, approfondir le Livre sacré et la Sunna du Prophète, observer les prières légales. Ce sont en second lieu, des recommandations relatives à l'exercice de la fonction : le ḳāḍi doit s'entourer des conseils des juristes ; tenir audience dans des endroits accessibles à tout le monde ; traiter tous les plaideurs sur un pied d'égalité, les écouter avec calme, attention et sérénité ; recourir, pour la solution des litiges, aux quatre sources : Coran, Sunna, Iǧmā', raisonnement personnel, et juger en toute justice ; contrôler la conduite des šuhūd ; veiller sur les intérêts des incapables et des absents ; faire un choix judicieux de ses vicaires ; éviter d'annuler les sentences de ses prédécesseurs ; choisir des greffiers honorables et instruits ; se faire délivrer les archives de son ressort suivant les règles établies. Le document se termine par des souhaits de succès, des invocations à Dieu à cet effet et de nouvelles exhortations générales à bien remplir les devoirs de la charge. Il porte en dernier lieu la date à laquelle il est établi.

Le texte est émaillé de citations coraniques pour renforcer les recommandations qu'il contient.

(1) Ḳalḳ., X, 264.

III. — *La publicité.* — La nomination du magistrat doit être rendue publique dans le ressort auquel il est désigné. Quelle est la nature de cette formalité ? Māwardi spécifie qu'elle ne constitue pas condition de validité de l'acte de nomination. La publicité est une condition nécessaire pour constituer les citoyens dans l'obligation de reconnaître l'autorité du nouveau magistrat[1].

Cette publicité devient tellement nécessaire que, dans le langage juridique, le diplôme d'investiture sera appelé couramment « *siǧill manšūr* » ( litt. : diplôme publié ). Aux IXe et Xe siècles H., tout au moins, le terme *siǧill* tombera et il ne subsistera que le qualificatif *manšūr* employé substantivement. C'est ainsi que le *Ǧāmi' al-ṭusūlayn*, traité de droit de la première moitié du IXe siècle H., dit que l'étendue du ressort du ḳāḍi doit être indiquée dans « son *manšūr*[2] ». L'auteur de *Al-baḥr al-rāyiḳ*, du milieu du Xe siècle H., dit que le « *manšūr* ( du ḳāḍi ) doit être lu aux habitants de la cité[3] ».

Comment la publication de l'acte de nomination d'un ḳāḍi était-elle assurée, en pratique ? C'est une question que nous allons étudier en exposant les formalités d'investiture et d'installation des ḳādi.

## §. 5. — Formalités d'investiture et installation.

Ce n'est que dans la deuxième moitié du IIe siècle H. à notre connaissance, que les nominations de magistrats commencent à donner lieu à des formalités solennelles d'investiture, à une cérémonie d'installation. C'était bien, en effet, dans les habitudes de la dynastie abbasside d'entourer les actes de la vie officielle de beaucoup de solennité et d'apparat. Dans la période fatimite, la cérémonie d'investiture des magistrats devient encore plus solennelle en même temps

(1) Māwardi, 66 هو شرط في لزوم الطاعة وليس شرط في نفوذ الحكم. Suivant une autre nuance que l'on trouve chez certains auteurs. la publicité est destinée à constituer une preuve, irrécusable et opposable à tous, de la nomination ; de telle sorte que la publicité ne serait pas nécessaire si cette nomination est établie par d'autres preuves aussi fortes, telles que le témoignage ( Ibn Farḥūn, I, 16 ) ou le seul diplôme écrit ( Ġazāli, *Waǧīz*, II, 144 ). (2) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 14. (3) Ibn Nuǧaym, VI, 275. Le même terme de « manšūr » était, bien avant cette époque entré dans l'usage pour la désignation d'autres diplômes d'investiture. Cf. Ḳalḳ., XIII, 131 s. ; 'Umari, 88 ; *E. I.*, V° *Manshur*.

que plus compliquée ; et la dynastie mamluk poursuivra ces pratiques. Mais, avec la décadence de l'institution judiciaire, au cours même de la période mamluk, nous verrons certaines parties du cérémonial tomber en désuétude.

I. — *Période abbasside.* — La cérémonie d'installation et les formes de publication ne se déploient dans toute leur ampleur que pour les nominations des ḳāḍi suprêmes ou ḳāḍi al-ḳuḍāt et des magistrats des grands ressorts provinciaux nommés par le pouvoir central. Puis, lorsque les gouverneurs de province s'arrogeront le droit de nommer de leur propre autorité des ḳāḍi pour leur chef-lieu, la même cérémonie y sera célébrée. Quant aux nominations des magistrats des divers districts de province, elles ne donneront lieu qu'à une cérémonie simplifiée. Cependant la cérémonie d'installation des vicaires des grands ressorts sera presque aussi solennelle que celle de leur délégant.

On ne possède pas, — à notre connaissance du moins — une description détaillée de la cérémonie d'installation des ḳāḍi, à Bagdad; par contre, ces détails ne manquent pas pour les ḳāḍi de certains grands centres comme le Caire. Et l'on peut penser que si un tel cérémonial était suivi au Caire, qui n'était encore qu'une ville de province — la centralisation et l'unité de l'empire n'étant pas encore rompues — ce même cérémonial devait, à plus forte raison, être pratiqué dans la capitale.

Le magistrat désigné pour le poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt ou pour un poste de province, mais nommé directement par le calife, recevait tout d'abord ce qu'on appelle la *ḫil'a*, sur la description de laquelle nous reviendrons plus loin, et qui consistait en des présents de diverses sortes. C'était une coutume suivie par les Abbassides, de faire des dons à tous leurs hauts fonctionnaires, lors de leur nomination, comme marque de satisfaction et de manifestation de munificence.

Une formalité préliminaire à la cérémonie d'installation qui était spéciale aux magistrats de province consistait en ce que le magistrat devait, dès que lui était signifiée sa nomination et une fois arrivé au siège de son ressort, se rendre auprès du gouverneur de la province et lui offrir ses hommages. Un ḳāḍi, de caractère particulièrement indépendant, s'insurgea contre cet usage : en l'an 312/924, Kurayzi, désigné pour le siège du Caire, se rendit directement à la mosquée, où son diplôme d'investiture devait être lu en public, et ce ne fut

qu'aprés cette formalité qu'il se rendit chez le gouverneur. A partir de cette date, l'usage ainsi modifié continua à être suivi[1].

Les solennités proprement dites de l'installation commençaient par une cérémonie à la mosquée. Au jour fixé, le nouveau ḳāḍi revêtait un costume approprié, se rendait à la mosquée en procession solennelle, à travers les rues de la ville, accompagné d'un grand cortège. Le costume que devait revêtir, pour la circonstance, le magistrat, tel que nous le décrirons lorsque nous étudierons plus loin, en détail, cette question vestimentaire, devait être, tout au moins, dans la période abbasside, de couleur noire, qui était la couleur officielle des Abbassides. Tous les textes, en effet, qui décrivent des cérémonies d'installation ne manquent pas de spécifier que le ḳāḍi « revêtait le noir pour se rendre à la mosquée[2] ». Il se dirigeait alors vers la mosquée, monté sur une mule, entouré d'un grand cortège. Ce cortège était composé des principales notabilités de la ville ainsi que des représentants de la force publique. C'était tout d'abord les magistrats du ressort ainsi que tous les auxiliaires de justice du même ressort qui devaient, aussi bien, venir présenter leurs hommages à leur nouveau chef ; venaient ensuite les nobles ( *ašrāf* ) et les notables de la ville[3]. La force publique était constituée par les agents de la *šurṭa*. Ces agents entouraient le magistrat et étaient plus rapprochés de lui que tous les autres membres du cortège[4]. Leur mission paraît donc être, au premier chef, une mission de protection de la personne du ḳāḍi au cours de la procession. Mais la présence de la *šurṭa*, avec celle des divers ḳāḍi et auxiliaires de justice, avait aussi pour but de manifester le caractère officiel de la procession. Naturellement, à ce cortège, défilant dans les rues de la ville, se joignait qui le voulait ; et il se constituait ainsi des foules considérables. Ces rassemblements donnaient lieu souvent à de graves incidents, et parfois la population, mécontente de la nomination du ḳāḍi, saisissait l'occasion pour manifester contre lui, et se livrer même à des voies de fait sur sa personne, ce qui arriva en 348/959, à Ibn Al-Ḫaṣīb, qui fut poursuivi à coup de pierres[5]. Une fois arrivé à la mosquée, qui devait être la mosquée principale de la ville, la cérémonie était inaugurée par un bref acte de dévotion, qu'accomplissait le récipiendaire[6].

(1) *Wulāt*, 535. Sur une survivance de l'ancien usage, quelques années après, cf. *Wulāt*, 537. (2) *Wulāt*, 488, 489, 490, 492. فركب بالسواد الى الجامع . فنزل الى الجامع وعليه السواد (3) *Wulāt*, 575. (4) *Wulāt*, 562. (5) *Wulāt*, 578. (6) *Wulāt*, 535.

Pourquoi la mosquée était ainsi choisie pour la cérémonie d'installation ? Nous voyons à cela deux raisons principales. D'une part, c'était pour manifester le caractère religieux de la fonction, d'autre part et surtout, comme la mosquée était ouverte à tout le monde, il y avait là un moyen d'assurer à la publicité, la plus grande efficacité possible. Les textes historiques, en parlant de la lecture du diplôme, ne se bornent pas à déclarer qu'il est lu devant les personnes qui ont fait partie du cortège qui avait accompagné le ḳāḍi, mais disent qu'il est lu devant « tout le monde » ( إقراء على الناس )[1].

De fait, on procédait, après l'acte de dévotion, à la lecture publique du diplôme d'investiture. Il n'y avait pas de personne — particulier ou fonctionnaire — qui fût spécialement désignée pour faire cette lecture, mais, en tout cas, ce n'était pas le récipiendaire lui-même. D'ordinaire, c'était un de ses proches parents, tel que son frère[2]. La lecture se faisait de l'endroit qui, dans ces mosquées, est spécialement affecté à la *ḫuṭba* ou prédication, le *minbar*, la chaire[3].

Lorsqu'il s'agissait de l'installation d'un vicaire, il y avait lieu à une double lecture publique. On devait lire d'abord le diplôme délivré par le ḳāḍi en titre à son vicaire, puis le diplôme du ḳāḍi délégant lui-même[4]. Cette formalité avait manifestement pour but d'établir publiquement le droit primordial du titulaire et son pouvoir de délégation, consacrant ainsi la situation de son délégué.

La lecture du diplôme d'investiture se faisait-elle nécessairement toujours à la mosquée ? Quelques exemples historiques permettent de répondre par la négative. Le ḳāḍi Abū Al-Ḥusain, nommé par le calife Muktadir ( 295/907 - 320/932 ), est intronisé dans le palais du souverain[5]. Certaines réunions publiques officielles aussi étaient parfois l'occasion de la lecture publique des diplômes de nomination. Ainsi, lorsqu'en l'an 391/1000, le ḳāḍi Abū-Ḫazīma fut désigné pour le siège de la circonscription de Wāsit ( Irak ), « son *'ahd* fut lu au *mawkab* ( séance royale solennelle ), au palais califien[6] ». Dans d'autres cas, une assemblée, nécessairement restreinte, se tenait à la maison même du nouveau ḳāḍi et c'était dans cette circonstance que

(1) *Wulāt*, 482. — Les diplômes d'autres fonctionnaires supérieurs, comme les gouverneurs, étaient lus aussi au cours d'une cérémonie officielle a la mosquée. ( Cf. Ibn 'Asākir, III, 225 ). (2) Ibn Ḫallikān, II, 220 ; *Wulāt*, 575, 590. (3) Ibn 'Asākir, *eod. loc.* ; *Wulāt*, 495. (4) *Wulāt*, 538 ; 489. (5) Yāḳūt, VI, 52. (6) Ṣābi, 424.

le diplôme était lu. Ce fut la procédure suivie en 327/938 pour le ḳāḍi d'Egypte Abū-Ḏur'a[1] ainsi que, quelques années plus tard, pour le ḳāḍi Muḥammad 'Abbāsi[2]. Mais c'étaient là des pratiques exceptionnelles ; et, en particulier, la lecture du diplôme d'investiture à la maison du nouveau titulaire était sévèrement jugée[3].

II. — Sous les dynasties tulunide et iḫšidide, le cérémonial d'installation des juges ne semble pas avoir subi de modification[4]. En revanche, sous les Fatimites — pour lesquels d'ailleurs, nous possédons des documents beaucoup plus circonstanciés — le cérémonial devient encore plus solennel et ses formalités plus nombreuses et compliquées. Il est bien entendu que nos explications se réfèrent ici encore à l'installation des ḳāḍi nommés directement par le roi ou le calife, et, plus spécialement, du kāḍi de la capitale.

La première phase de la cérémonie, sous les Fatimites, se déroule au palais même du souverain. Elle comprend deux formalités : une lecture du diplôme d'investiture et la remise de la *ḫil'a*.

En principe, cette cérémonie se déroulait au cours d'une audience solennelle présidée par le calife lui-même[5]. A la différence de la cérémonie qui aura lieu à la mosquée, où tout le public est admis, l'assistance à l'audience califienne se restreint aux grands dignitaires de l'Etat (شيوخ الدولة[6]). L'audience étant ouverte, on procède à la lecture du *siǧill* de nomination. Pendant toute la durée de cette lecture, le récipiendaire se tient debout ; et, chaque fois que revient le nom du calife, il fait une *adoratio*, c'est-à-dire qu'il s'incline en une révérence jusqu'a terre[7]. Sous Ḥākim, dont on connaît les prétentions à la divinité, cette manifestation de respect devient encore plus accentuée ; le récipiendaire devait baiser la terre[8].

(1) *Wulāt*, 563. (2) *Wulāt*, 568. (3) *Wulāt*, 568. (4) *Wulat*, 552, 578. (5) Parfois, cette cérémonie a lieu ailleurs, lorsque le calife était retenu en dehors de son palais. Ainsi, en 374/984, 'Azīz, se trouvant au quartier généra de son armée, dans les environs du Caire, y reçut Ibn Ḥayyūn qu'il venait de nommer ḳāḍi al-ḳuḍāt, et ce fut là qu'il lui remit la *ḫil'a* (Ibn Ḫallikān, II, 231). (6) *Wulāt*, 611. (7) *Wulāt*, 590. Même expression de respect, lorsque le nom de l'un des parents du calife est prononcé (*Wulāt*, *eod. loc.*). (8) *Wulāt*, 591. Gaudefroy-Demombynes pense que cette forme accentuée de la révérence est « indépendante des prétentions de Hakim à la divinité ; que c'est le rite sassanide et byzantin d'adoration du Prince, dont on a honoré les Abbassides et leurs successeurs » (*Rev. des éd. isl.*, 1939 121-122). Ce qui m'incite, cependant, à maintenir mon interprétation, c'est que, tout au moins sous les Fatimites, le geste en question n'était pas en usage avant Hakim et que c'est avec ce calife précisément qu'il est inauguré.

Parfois, cette première phase de la cérémonie se déroulait devant le ministre lorsque la nomination émanait de lui[1].

Une fois la lecture du *siǧill* terminée, on remettait au magistrat la *ḫil'a* royale. Sur la nature de ces présents, nous possédons, pour la période fatimite, des détails suffisants. Les présents n'étaient pas rigoureusement les mêmes pour chaque magistrat ; mais ils comprenaient nécessairement des vêtements de parade, une épée et une ou plus d'une mule. Une première partie de ces présents était remise au ḳāḍi, à l'audience même du calife ou du ministre, et une autre à sa sortie du palais. Ainsi, lorsque Fāriḳi fut nommé ḳāḍi d'Egypte en 398/1007, « la lecture de son *siǧill* étant terminée, dit Kindi, on lui « remit une chemise empesée, une chemise dorée ( d'une autre mo- « de dite غلالة ), ainsi qu'un turban et un *ṭaylasān* ( voile ) dorés, et il « fut ceint d'une épée[2] ». Pour le ḳāḍi Al-'Awwām, nommé en 405/1014, ce fut une chemise dorée دبيقي معلم, une chemise empesée, un grand turban en lin très fin doré et un *ṭaylasān* doré, ainsi qu'une épée[3]. La deuxième partie de la *ḫil'a*, remise lorsque le récipiendaire sortait du palais, pour rejoindre le cortège qui devait se diriger vers la mosquée, comprenait une nouvelle quantité de vêtements[4], et une ou plusieurs mules qui étaient choisies parmi « les mules rares égales « aux meilleurs chevaux[5] ». Elles devaient être d'une couleur déterminée : blanc tacheté de noir. Cette couleur était spécialement réservée aux mules offertes aux ḳāḍi et différentes par cela de celles offertes aux autres hauts fonctionnaires[6]. Le harnachement de ces bêtes était particulièrement soigné et brillant. Ainsi la bride et la selle étaient en argent[7].

Nous avons déjà noté que, seuls, faisaient présent de *ḫil'a* les califes et gouverneurs, ce don étant la marque de l'autorité supérieure. En l'an 398/1007, se produisit une innovation qui fut suivie par la suite. Le ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte, Fāriḳi, prit l'initiative, en désignant son vicaire, de lui faire une *ḫil'a*[8].

A la sortie du Palais, un cortège entourait le récipiendaire, qui se dirigeait vers la mosquée. Le ḳāḍi ceint de l'épée, montait l'une des

(1) *Wulāt*, 591. (2) *Wulāt*, 603. (3) *Wulāt*, 611 ; pour d'autres variétés de vêtements, cf. *Wulāt*, 596. (4) Les vêtements comprenaient une vingtaine de pièces ( *Wulāt*, 601 ) ; sans compter des accessoires d'habillement et un certain nombre de voiles ( *Wulāt*, 590 ). (5) Ḳalḳ., IV, 42. (6) Ḳalḳ., III, 486 s. (7) *Wulāt*, 596, 603, 611 ; Ḳalḳ., *eod. loc.* (8) *Wulāt*, 604.

mules qui venaient de lui être offertes ; une ou deux autres de ces bêtes aussi bien hanarchées étaient conduites devant lui ; il était aussi précédé des porteurs des diverses pièces de la *ḫil'a*. Le cortège, composé ainsi qu'on l'a vu plus haut, devenait rapidement une grande foule[1]. (Dans certains cas exceptionnels, cette procession, et la cérémonie de la mosquée, n'avaient lieu que le lendemain de l'audience royale[2]). La cérémonie religieuse avait lieu à la mosquée principale du Caire, le Azhar, qui venait d'être construit. Une personne qualifiée, souvent un parent rapproché du nouveau ḳāḍi, montait au minbar et donnait lecture du diplôme d'investiture. Comme à l'audience califienne, au cours de cette deuxième lecture, le récipiendaire devait se tenir debout et faire des *adoratio*, chaque fois que le nom du calife ou d'un membre de sa famille était cité[3]. Il semble qu'au cours de cette même cérémonie, le nouveau ḳāḍi procédait parfois à la désignation de ses vicaires et leur faisait la *ḫil'a*[4].

D'après un nouvel usage de l'époque fatimite, une autre cérémonie devait encore avoir lieu. Elle se déroulait dans l'ancienne mosquée du Caire (الجامع العتيق)[5]. Le cortège donc se réformait et se dirigeait vers cette mosquée, où l'on procédait à une nouvelle lecture du diplôme, avec le même cérémonial que le précédent[6].

Comme nous l'avons noté pour les coutumes abbassides, le ḳaḍi récipiendaire, dès son arrivée à la mosquée et avant toute autre formalité, devait faire une prière ; et, si le jour de la cérémonie tombait un vendredi, c'était la prière solennelle de ce jour qui était dite[7].

Il est à peine besoin d'indiquer que la présence personnelle du récipiendaire était nécessaire à toutes ces cérémonies. Mais, s'il s'en trouvait empêché pour une cause quelconque, comme la maladie, on ne les renvoyait pas à une autre date, tout au moins, les cérémonies de la mosquée. Elles avaient lieu alors en présence des enfants et des autres membres de la famille du nouveau magistrat[8].

Tout comme pour le ḳāḍi de la capitale et celui du chef-lieu de province, la cérémonie d'installation des magistrats des districts se

(1) *Wulāt*, 599 : جمع كثير . — موكب حافل. (2) Ibn Ḫallikān, II, 221. (3) Ibn Ḫallikān, II, 220 ; *Wulāt*, 590, 596, 599. (4) *Wulāt*, 604. (5) Sans doute, la mosquée attribuée à 'Amru ibn Al-'Aṣ. (6) Ibn Ḫallikān, II, 220 ; *Wulāt*, 590. (7) Ibn Ḫallikān, II, 220 ; *Wulāt*, 590. (8) Ibn Ḫallikān, II, 221.

déroulait dans la ville à laquelle ils étaient affectés[1]. Mais cette cérémonie n'excluait pas la possibilité d'une autre ayant lieu dans la capitale ou au chef-lieu de province, dans la ville où siégeait l'autorité de qui émanait l'acte de nomination. Ainsi, lorsque Abū-Ḫazīmi fut désigné par le calife de Bagdad au siège de la province de Wāsit, le chroniqueur Ṣābi' dit que c'est au palais même du calife, au cours de la solennité du *mawkeb*, que fut donné lecture du diplôme de nomination[2]. D'autre part, dans tous les cas que nous avons déjà indiqués, où le ḳāḍi, ayant obtenu sa nomination à un siège important, comme celui du Caire, ne s'y rendait pas immédiatement, se contentant d'y désigner des représentauts pour la prise de possession du poste, les cérémonies se déroulaient dans la capitale.

La nouvelle séance de la mosquée terminée, avec elle prenaient fin les cérémonies officielles d'installation. Mais les coutumes populaires et les usages mondains ne l'entendaient pas ainsi. A la sortie de la mosquée, le même cortège qui avait accompagné le récipiendaire se réformait pour le reconduire, en une nouvelle procession, à travers les rues de la ville, jusqu'à son domicile où il devait recevoir les félicitations et les hommages du public. Toute personne ayant une situation plus ou moins en vue ne pouvait manquer à ce devoir. C'étaient en premier lieu les assesseurs, les *šuhūd* et les auxiliaires du magistrat, puis les négociants et hommes d'affaires et autres notabilités de la ville[3]. Ces réceptions duraient deux ou trois jours. Ensuite, le magistrat allait prendre officiellement possession de ses nouvelles fonctions et ouvrait sa première audience, ce qui donnaient lieu encore à une cérémonie. C'est encore au milieu d'un cortège considérable, composé des šuhūd, auxiliaires, notables, que le ḳāḍi se rendait à la mosqué qui servait de prétoire. L'audience étant ouverte, le ḳāḍi faisait tout d'abord l'appel des «avocats» exerçant dans son ressort. Il leur lisait un passage du Coran, la *sūrat* 103, et leur faisait des recommaudations les incitant à craindre Dieu et à exercer honnêtement leur ministère. Il s'enquérait ensuite des šuhūd, et leur adressait des recommandations du même genre. Ces formalités terminées, l'audience judiciaire proprement dite était inaugurée et des procès étaient débattus[4].

III. — Il ne semble pas que les dynasties mamluk aient modifié grand chose au cérémonial d'installation des ḳāḍi. Mais les textes

(1) *Wulāt*, 498 ; Ibn Nuǧaym, VI, 275. (2) Ṣābi', 442. (3) Ibn Ḫallikān, II, 220 ; *Wulāt*, 590. (4) *Wulāt*, 494, 590.

deviennent beaucoup plus rares et succints et nous inclinons à penser qu'au cours de cette nouvelle période le cérémonial s'est simplifié et que certaines des formalités de l'époque fatimite tombèrent en désuétude. Il est certain cependant que le ḳāḍi recevait toujours au moment de sa nomination la *ḫil'a*, comprenant, « la mule blanche tachetée de noir », restée réservée aux magistrats, ainsi que d'autres présents de valeur[1]. Cette remise de la *ḫil'a* comportait une première cérémonie qui se déroulait, comme par le passé, au palais du sultan et en sa présence. Ibn Ḫaldūn nous apprend que lorsqu'il fut nommé au poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt malékite, en l'an 786/1384, par le sultan mamluk Ḳalāwūn, ce dernier lui offrit la *ḫil'a* en une séance qui eut lieu dans le *Iwān* ou *Dār al-'adl*[2] palais où les sultans tenaient leurs audiences solennelles de justice[3]. C'est probablement au cours de l'une de ces audiences que se déroulait la cérémonie d'installation du magistrat, avec lecture du diplôme d'investiture et remise de la *ḫil'a*.

Une nouvelle lecture devait avoir lieu ensuite devant le public. C'est ce que rapporte Ibn Nuǧaym d'après des juristes plus anciens : « Le *manšūr* ( du nouveau ḳāḍi ) doit être lu aux habitants de la ville[4] ». A cet effet, le nouveau titulaire se dirige, portant un turban noir — survivance abbasside — et la *ḫil'a*, vers un endroit situé au centre de la ville où la lecture doit avoir lieu[5]. Cet endroit était très probablement la mosquée ou une *madrasa*. A la séance officielle de lecture du diplôme assistent ordinairement les autres magistrats de la ville, et, s'il s'agit d'un ḳāḍi al-ḳuḍāt, les ḳāḍi al-ḳuḍāt des autres maḏhab, les principaux juristes ou *fuḳahā'*. Par exception, s'il voulait honorer particulièrement un magistrat, le sultan convoquait à la cérémonie les hauts fonctionnaires de l'Etat[6].

On doit présumer que le magistrat se rendait à la mosquée accompagné d'un grand public et de personnages officiels. C'est ce qui semble ressortir de la suite du passage précité de Ibn Ḫaldūn. Après que le sultan lui eut remis la *ḫil'a*, « il dépêcha, dit cet auteur, quel-« ques grands dignitaires de la Cour pour procéder à son installa-« tion ». On illuminait les rues par lesquelles devait passer le cortège[7].

(1) Maḳrīzi, II, 246 ; Ḳalḳ., IV, 42 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454. (2) Ibn Ḫaldūn, *ibid.* (3) Maḳrīzi, III, 336 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, 83 ; Ḳalḳ., IV, 44. (4) Ibn Nuǧaym, VI, 275. (5) Ibn Nuǧaym, *ibid.* (6) Zreik, 15. (7) Zreik, 60, 150.

De ce même texte, il résulte qu'il y avait encore une deuxième cérémonie d'installation, au siège du tribunal. La teneur du texte est très nette sur ce point. Il s'agit bien d'une installation solennelle[1].

IV. — En dehors des solennités officielles de l'installation, la prise de possession par le ḳāḍi de sa nouvelle charge donnait lieu à une autre formalité, celle de la passation du service de juridiction même. Cette passation de service était faite au nouveau titulaire (ou son nā'ib), qui, après les solennités de l'intronisation, se rendait à son prétoire et inaugurait ses fonctions, suivant le cérémonial déjà décrit. Mais il arrivait parfois que le magistrat nommé par le pouvoir central ne se rendait pas immédiatement lui-même au siège de ses fonctions. Dans ce cas, il désignait un ou deux représentants, qui n'étaient pas des nā'ib-vicaires proprement dits, mais des sortes de *locum tenens*, ayant simplement pour mission de prendre possession de la charge et d'en exercer les diverses attributions jusqu'à l'arrivée du titulaire[2]. Ainsi, lorsque Ibn Zubr fut réintégré en 324/935 dans ses fonctions de kāḍi d'Egypte, il adressa une lettre à deux personnes de confiance, les chargeant de prendre possession du service[3]. De même, lorsque Saraḫsi fut nommé au même siège du Caire, « sa « lettre arriva à Abi-Ḥadīd et Baġdādi, les chargeant de juger les « procès des plaideurs. Ils prirent possession du poste jusqu'à l'arri- « vée de Saraḫsi, cinq jours avant la fin du mois de ǧumāda al-āḫi- ra[4] ». Lorsque Saraḫsi fut destitué, il livra son service à Ibn Al-Ḥaddād, représentant le nouveau titulaire encore absent, Ṣayrafi[5].

Cette passation de service était désignée généralement du nom de *taslīm* ( تسليم ). Le même mot était employé également pour désigner une deuxième formalité de passation du service, celle portant sur les archives du greffe de la caisse du tribunal. Mais, dans les écrits des juristes, à partir du Ve siècle H. tout au moins, un nouveau terme plus couramment intervient pour désigner cette deuxième formalité. C'est le terme de *ḳabḍ* ( قبض ).

Dans les diplômes d'investiture mêmes, on trouve parfois des recommandations à ce sujet. Ainsi, dans le diplôme délivré au ḳāḍi

(1) Ibn Ḫaldūn, *ibid.* بعث من كبار الخاصة من اقعدني بمجلس الحكم (2) Cette distinction ressort nettement d'un texte de Ibn Ḥaǧar ( *Wulāt*, I, 537 ). (3) *Wulāt*, 542. (4) *Wulāt*, 486. (5) *Wulāt*, 486.

al-ḳuḍāt de Bagdad, Al-Zaynabi, le calife lui prescrit de « prendre « livraison des archives de justice, de documents, actes, etc...[1] ».

En principe, c'était le nouveau titulaire ou son représentant ou vicaire qui devait procéder à cette prise de possession. Mais il arrivait parfois qu'un ḳāḍi était destitué sans que son remplaçant fût désigné immédiatement. C'était alors le gouverneur de la ville ou un autre haut fonctionnaire qui accomplissait la formalité. Ḫušāni nous apprend que le ḳāḍi de Cordoue, Sulaymān, ayant été révoqué en l'an 260/873, l'émir d'Andalousie donna l'ordre au *ṣāḥib al-madīna* de prendre possession des archives du tribunal[2].

De même, le nouveau magistrat pouvait charger spécialement de cette mission une ou deux sinon plusieurs personnes de confiance. Elles étaient ordinairement choisies parmi les *šuhūd*, attachés au siège de la juridiction. Ces mandataires se présenteront au siège du tribunal ; et la formalité devra se faire en présence de l'ancien titulaire. Ce dernier, à la différence du nouveau ḳāḍi, doit, en principe, assister et prendre part personnellement à l'opération. Mais, on admet, que, s'il s'y refuse, il ne peut pas y être contraint, et il peut déléguer à cet effet un ou deux représentants[4].

Les représentants du nouveau ḳāḍi interrogent en détail le ḳāḍi destitué sur le contenu des archives et de la caisse, au fur et à mesure de la livraison. Cette livraison porte, comme nous venons de le dire, sur les archives proprement dites: dossiers, registres, ou siǧill, documents de toutes sortes, acte de cautionnement, tutelle, procurations, procès-verbaux, etc..., qui étaient rangés dans des *ḫarīṭa*, sortes d'enveloppes (en cuir). L'ensemble de ces archives portait le nom de *dīwān* (ديوان القاضي). Après reconnaissance et vérification de toutes les pièces du *dīwān*, les agents receveurs devaient les ranger de nouveau dans leurs enveloppes ; chaque catégorie, dans une enveloppe ou *ḫarīṭa* spéciale. Ainsi, dit l'auteur de Maǧma' al-anhor, les minutes des jugements, les actes de tutelle, les titres de wakf, les contrats doivent être versés dans quatre *ḫarīṭa* distinctes « afin de faciliter les recherches » ultérieures[5]. On procède ensuite à la livraison des sommes d'argent et toutes sortes d'objets de valeur qui se trouvent dans la caisse du tribunal. Ce peut être des objets ou sommes d'ar-

(1) Ḳalḳ., X, 274. (2) Ḫušāni, 141 : pour d'autres cas analogues, cf. *Wulāt*, 595 ; Ḫušāni, 174. (3) Ḫušāni, 174. (4) Uzaǧandi, III, 416 ; Dāmād, II, 156. (5) Dāmād, *ibid.*

gent déposés par des particuliers ou pour le compte d'absents, mineurs, etc., ou des droits judiciaires déjà perçus ou des sommes versées pour le compte du Trésor public ou provenant de la gestion des biens wakf[1]. Cette reddition de comptes présentait, quelquefois, de grandes difficultés et donnait lieu à une longue procédure dans les cas où les dépôts ne pouvaient pas être représentés. Des poursuites étaient alors engagées contre le magistrat et ses auxiliaires responsables ; leurs biens étaient, le cas échéant, saisis et vendus. Ainsi, Ibn Ḥağar nous apprend qu'après la mort du ḳāḍi Muḥammad ibn Ḥayyūn, le gouverneur d'Egypte recouvra des *šuhūd* de ce magistrat, des sommes égales aux dépôts qui leur avaient été confiés ; que l'un de ces *šuhūd* étant décédé, sa maison d'habitation fut mise en vente au profit des intéressés[2].

Une formalité consécutive à la passation de service consiste dans l'obligation du nouveau ḳāḍi de procéder à un examen de la situation des justiciables emprisonnés pour dette. Il envoie un de ses auxiliaires, à la prison, pour dresser la liste de ces débiteurs et s'enquérir des motifs de leur incarcération. Après vérification, il relâchera ceux d'entre eux qui auraient déjà acquitté leur dette[3].

---

## Section IV. — Le costume

### §. Ier — Généralités

Jusque vers le milieu du IIe siècle de l'hégire, il ne semble pas que les magistrats se fussent distingués par le port d'un costume particulier[4]. En effet, alors qu'à partir de cette époque, les textes histo-

(1) Sur cette procédure, cf. Margināni, III, 82 ; Uzağandi, III, 416 ; Dāmād, 156 ; Ibn Nuğaym, VI, 275 ; Ḳalḳ., X, 274. (2) *Wulāt*, 595. (3) Dāmād, II, 156.
(4) Il ne sera pas inutile d'examiner si les *ḥakam* de l'Arabie préislamite se distinguaient par le port d'un costume particulier, non point que nous pensions qu'il existerait une relation entre cette coutume et celle qui s'instaurera en Islam, mais comme une suite naturelle de l'étude sommaire que nous avons faite, au début de cet ouvrage, de la

riques commencent à faire allusion aux costumes des ḳāḍi, à en indiquer les caractéristiques, on n'en trouve aucune trace dans la période antérieure. Sans doute, on relève, dans certaines chroniques, des détails sur le costume que portait tel ou tel ḳāḍi, comme le famenx et hypothétique Šurayḥ et Ša'bi. Ainsi, Ibn Sa'd rapporte des traditions d'après lesquelles Šurayḥ tenait son audience, revêtu d'un manteau (مطرف) en tissu de laine et de soie et d'un *burnus* de même qualité et de couleur beige. Son turban était constitué d'un morceau d'étoffe faisant un seul tour sur sa tête[1]. D'après la même auteur, Ša'bi, ḳāḍi de Kūfa, portait un turban blanc, dont il laissait l'extrémité prendre sur ses épaules. Suivant une autre tradition, ce turban était de couleur rouge. Suivant une troisième tradition, Ša'bi se coiffait d'une *ḳalansuwa*[2] en tissu de soie et laine, de couleur verte ; il portait une robe et un manteau rouge[3].

Mais il n'apparaît pas que ces vêtements constituaient une mode spéciale aux magistrats, non seulement parce que, dans l'idée même des annalistes qui rapportent les traditions précitées, ils ne se présentent pas avec cette caractéristique, mais aussi parce que, entre les costumes des ḳāḍi de la même époque, on ne relève pas une ressemblance rigoureuse. Aussi bien, Ibn Ḫallikān rapporte que,

justice chez les Arabes, avant l'Islam. Il apparaît en premier lieu, d'un passage de Gāḥiẓ (*Bayān*, éd. Sand., III, 66) que les ḥakam arabes ne devaient pas, d'après la coutume, porter des vêtements de n'importe quelle sorte d'étoffes, ni des vêtements teints en couleurs. « Le ḥakam ne quitte pas le *wabr* الحكم لا يفارق الوبر » c.-à-d. le vêtement fait de laine de chameau. « Le *kāhin* — qui était aussi un ḥakam — ne porte pas d'étoffes teintes الكاهن لا يلبس المصبغ ». Ces caractéristiques de l'habillement semblent bien toutes particulières aux ḥakam, puisqu'il ne se trouve pas, à notre connaissance, des prescriptions du même genre, concernant d'autres classes de la société. Ont-elles été adoptées par les ḥakam eux-mêmes comme marque de leur caractère religieux et manifestation d'ascétisme ? Les ḥakam portaient-ils aussi la عمة — عمامة ou turban ? « Le port du turban, dit Gāḥiẓ (*op. cit.*, III, 69), est une coutume chez les Arabes ». Cependant elle n'était pas générale à toutes les classes de la population, mais propre aux personnages distingués à un titre quelconque, par leur situation politique, leur savoir, leur prestige. « Les turbans, dit un adage, sont comme des couronnes, chez les Arabes. العمائم تيجان العرب (Gāḥiẓ, *op. cit.*, II, 227, III, 69). Les poètes se plaisaient à appeler le chef de clan, « le sayyd enturbanné السيد المعمّم » (Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, III, 69). Certains autres personnages distingués sont cités comme portant le turban (*op. cit.*, I, 272 ; III, 67). Il ne serait donc pas téméraire de penser que les ḥakam, occupant de par leurs fonctions et leur prestige personnel, une situation sociale éminente, devaient aussi porter le turban comme coiffure habituelle.

(1) Ibn Sa'd, VI, 96. (2) V. *infra*, 199 ss.

(3) Ibn Sa'd, VI, 176.

avant Abu-Yūsof ( + 182/798 ), les hommes de loi ne portaient pas de vêtements particuliers ; personne ne se distinguait par un costume spécial[1].

Mais il faut bien remarquer que le costume que porteront les magistrats ne leur sera pas rigoureusement spécial. Il serait plus exact de parler du costume des hommes de loi, qu'ils soient magistrats ou qu'ils exercent librement une profession d'enseignement ou de consultation. Au surplus, beaucoup d'autres catégories de hauts fonctionnaires partageaient avec les hommes de loi leur tenue vestimentaire. Nous indiquerons, toutefois, certaines tentatives faites par quelques hauts magistrats, de monopoliser le port d'un costume spécial.

D'autre part, ce costume ne constitue pas une tenue spéciale au ḳāḍi lorsqu'il siège à son audience exclusivement, mais sa tenue ordinaire, aussi bien à l'audience que dans la vie courante.

Mais, avant d'aborder l'étude du costume dans la magistrature, il nous paraît utile d'exposer les principales théories qu'enseigne la doctrine théologico-juridique musulmane sur l'habillement, en général. Ces principes, établis pour tous les musulmans, en général, devront être suivis et appliqués, d'une façon encore plus stricte, par les hommes de loi. Un des exposés les plus complets de ces principes se trouve dans le traité de *Maǧma' al-abhor*, auquel nous renvoyons le lecteur pour plus de détails[2].

La première règle édictée par la doctrine concerne le genre de tissus avec lequel doivent être confectionnés les vêtements du musulman et leur apparence extérieure. On a le choix de porter des étoffes tissées en lin, coton ou laine. Cette règle étant observée, rien n'empêche de faire choix de tissus de grande valeur. Le port d'étoffe de mauvaise qualité est même déconseillé — « pour qu'on ne soit pas méprisé » — et, même, le port de très jolis vêtements, pour la parure, est recommandé, « comme manifestation des dons de Dieu ». C'est pourquoi le musulman devra revêtir ses meilleurs habits pour faire sa prière. Une seule réserve s'impose, d'ordre moral et spirituel : le choix de beaux vêtements ne doit pas se faire avec une intention d'orgueil ou de vanité. Le vêtement doit descendre jusqu'au milieu des jambes, les manches atteindre le bout des doigts et l'ouverture supérieure du vêtement ne point dépasser quelques centi-

(1) Ibn Ḫallikān, II, 401. (2) Dāmād, II, 531 s.

mètres ( شبر ). Pour les fuḳahā' ou hommes de loi, en particulier, la doctrine recommande « les vêtements amples », de même qu'elle leur recommande le port « d'un haut turban » et consacre la coutume suivant laquelle on laissait pendre le bout du tissu, avec lequel était roulé le turban, entre les épaules, jusqu'au bas du dos. Les vêtements en tissus de soie sont interdits pour les hommes, permis pour les femmes. « L'homme qui se vêt de soie n'aura pas part au Ciel », dit un ḥadīṯ attribué au Prophète. On admet, cependant, comme tempérament, qu'un habit peut être brodé en soie, sur une largeur qui ne dépasse pas environ quatre doigts ; qu'est autorisé le tissu dont les franges seraient en fils de soie, à condition que la trame ( apparente ) soit d'une autre nature. D'après une opinion isolée, le port d'une étoffe en soie est permis, si elle n'adhère pas immédiatement à la peau, s'en trouve séparée par d'autres vêtements intérieurs.

Les parures en or et en argent sont, de même, interdites aux hommes.

En ce qui concerne la couleur des vêtements, la doctrine, en premier lieu, recommande le blanc et le noir et elle tolère le bleu et le vert. Par contre, elle interdit le jaune et le rouge, sauf controverse au sujet de cette deuxième couleur.

Suivant les données historiques, des transformations sensibles se sont produites au cours des siècles, dans le costume des hommes de loi, et on peut, à cet égard, discerner trois phases successives.

## §. 2. — Du milieu du IIe siècle H. jusqu'au milieu du IVe siècle H.

Dans le texte que nous avons déjà cité, l'historien-biographe Ibn Ḫallikān rapporte une tradition suivant laquelle Abū-Yūsof, devenu ḳāḍi al-ḳuḍāt de l'empire abbasside, a été le premier à faire adopter « par les hommes de loi ( *'ulama'* ) le costume qu'ils n'ont cessé de « porter depuis lors ». Certains écrivains modernes continuent à rapporter cette tradition, sans la soumettre à aucune critique[1]. Or, le texte de Ibn Ḫallikān appelle deux observations préliminaires. D'une

(1) Zaydān, *Tārīḫ*, I, 185 ; Ma'lūf, *Revue Al-Muḥāmi*, I, 4e partie, 13.

part, l'auteur lui-même ne mentionne la tradition qu'il rapporte qu'avec beaucoup de réserve ; il ne l'appuie sur aucun isnād, mais sur un simple « on dit ». D'autre part, il n'est pas exact, comme le prouvent des documents historiques certains, que le costume des hommes de loi ait été le même à l'époque de Abū-Yūsof et à l'époque de Ibn Ḫallikān, au VII^e siècle H.. Tout ce qu'on peut retenir du renseignement fourni par cet auteur, c'est que le costume spécial aux hommes de loi a commencé à apparaître vers une époque contemporaine de Abū-Yūsof, c'est-à-dire, vers le milieu du II^e siècle H., comme l'indiquent les éléments de preuve que nous allons examiner. Dans son ouvrage, *Al-bayān wal-tabiīn*, Ǧāḥiz, qui a vécu entre les années 160/776 et 250/864, donne sur le costume en usage à son époque des renseignements très précieux. « Le turban, dit-il, était très « répandu, mais sa mode différait suivant la qualité des personnes ; « c'est ainsi que les califes ont un turban, les *fuḳahā'* ont un turban, « les chrétiens ont un turban etc... ». Il ajoute en ce qui concerne le costume en général : « Chaque classe de la population a un cos- « tume particulier ; les ḳāḍi ont un costume, les auxiliaires des « ḳāḍi en ont un autre, les fonctionnaires de la *šurṭa* ont aussi le « leur etc...[1] ».

I. — La coiffure des fuḳahā' et, en particulier, des ḳāḍi, consistait en une *ḳalansuwa* autour de laquelle était enroulé un turban. Suivant la définition qu'en donne l'Encyclopédie de l'Islam, la ḳalansuwa est une « coiffure longue, pointue, en forme de pain de sucre, « soutenue à l'intérieur par des baguettes de bois[2] ». Cette ḳalansuwa était haute, ( *ṭawīla* ). Kindi rapporte que le ḳāḍi d'Egypte, Mufaḍḍal ibn Fuḍala ( 167/783 - 169/785 ) « portait un turban noir autour d'une *ṭawīla*[3] ». D'après Isbahāni, le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad, Ismā'īl (200/815 - 282/895 ), ayant convoqué un de ses magistrats pour lui signifier sa révocation, ce ḳāḍi s'en alla, après avoir « retiré sa ḳalansuwa de sur sa tête[4] ». D'après Kindi. Ismā'īl ibn Elišā', ḳāḍi d'Egypte en 164/788, venait faire sa prière à la mosquée, coiffé d'une ḳalansuwa en soie[5]. A propos des nominations des magistrats, et à partir d'une certaine date, on indique souvent, comme signe d'investiture définitive, que le ḳāḍi « revêtit la ḳalansuwa[6] ». Un faḳīh du nom de Ibn Ǧāmi' portait, disent les Aġāni, « une kalansuwa haute et le costu-

(1) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 78. (2) V° Kalansuwa. *Adde* Dozy, *Vêtements*, V° قلنسية. Ce mot peut se prononcer et s'écrire de trois façons : ḳalansuwa, ḳulansuwa, ḳalansiya. (3) *Wulāt*, 378. (4) Isbabāni, I, 122. (5) *Wulāt*, 372. (6) *Wulāt*, 565.

me des hommes de loi ». Le même recueil poursuit que ce personnage, se présentant un jour au palais du calife, y rencontra le ḳāḍi al-ḳuḍāt Abū-Yūsof, entouré des hommes de sa suite, « porteurs de ḳalansuwa[1] ». Dans un autre passage, les Aġāni rapportent une anecdote suivant laquelle un kāḍi de Baṣra, ayant eu envie d'entendre un célèbre chanteur de la ville, se présenta chez lui, avec un groupe de son entourage, « porteurs de ḳalansuwa[2] ». Dans la première moitié du IVe siècle H., Iḫšīd, vice-roi d'Egypte, dans le dessein d'humilier certains fuḳahā', « fut sur le point de décider de leur « enlever leur turban et leur ḳalansuwa[3] ». On trouve dans Yāḳūt une anecdote significative, d'où il ressort que le port de la ḳalansuwa était particulièrement caractéristique de la tenue des ḳāḍi. « Je me rendis, raconte un personnage du milieu du IVe siècle H., — (chez tel) et attendis jusqu'à ce qu'il n'y restât plus personne chez lui, sauf un homme, en costume de ḳāḍi, portant une kalansuwa[4] ».

Cette kalansuwa, avons-nous dit, était haute (*ṭawīla*). Cette épithète devint courante à tel point qu'elle finit par être employée seule substantivement pour désigner la coiffure[5]. C'est ainsi que les Aġāni, racontant une anecdote relative au célèbre jurisconsulte Abū-Ḥanīfa, dit qu'il sortit de chez lui, « après avoir revêtu sa *ṭawīla*[6] ». Le ḳāḍi al-ḳuḍāt Yaḥya ibn Akṯam, comme tous ses collègues, portait la *ṭawīla*[7]. Aussi bien, Kindi nous apprend que l'habitude s'était beaucoup propagée au début du IIIe siècle H., en Egypte, « de porter de hautes kalansuwa[8] ». Ǧāḥiẓ recommande vivement aux kāḍi de porter des kalansuwa aussi grandes que possible, « même pendant les plus fortes chaleurs ». Il est bon que ces kalansuwa soient très longues et pointues, « pour qu'elles dépassent en hauteur les kalansuwa de toutes autres personnes[9] ».

Cette coiffure acquiert un tel prestige que l'on se met à inventer des ḥadīṯs pour en vanter la beauté, la glorifier. Ainsi — quoiqu'il soit probable, comme le pense Bjorkman, que la kalansuwa soit d'origine persane[10] — les inventeurs de ḥadīṯ attribuent à 'Ali, gendre

(1) *Aġāni*, nouv. éd. VI, 291. (2) *Aġāni*, nouv. éd., III, 303. (3) *Wulāt*, 566. (4) Yāḳūt, III, 55. (5) *Wulāt*, 461 :

واخفت ايام الطوال واهلها فرموا بكل طويلة لم تقصر
ما زلت تأخذهم بطرح طوالهم والمشي نحوك بالرؤوس الحسر
حتى تركتهم يرون لباسها بعد الجمال خطية لم تغفر

(6) *Aġāni*, nouv. éd., I, 414. (7) *Aġāni*, nouv. éd., V, 286. (8) *Wulāt*, 460. (9) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 80. (10) *E. I.*, Vo Ḳalansuwa.

du Prophète, cette parole : « La parure de l'homme réside dans son *kumt*», c'est-à-dire sa kalansuwa[1], ce qui tend à établir que cette coiffure était pratiquée dans le milieu arabe de 'Ali.

Mais le port de la kalansuwa n'était pas spécial aux kādi et hommes de loi. Les hauts fonctionnaires de l'Etat la portèrent aussi de bonne heure. Ainsi, on voit dans Kindi, un gouverneur de district, vers le milieu du IIe siècle H., coiffé d'une kalansuwa[2]. De bonne heure aussi, l'usage de cette coiffure s'étendit. Insigne officiel, elle dut être portée par toute personne se rendant à l'audience d'un haut fonctionnaire de l'Etat. Ainsi, en l'an 162/778, Yaḥya ibn Dāwūd, gouverneur d'Egypte, donna l'ordre aux fukahā' et aux notables qui se présentaient à son audience, de « se coiffer d'une haute kalansuwa[3] ». Gāḥiẓ est encore plus explicite. « Toute personne, dit-il, qui « veut se rendre auprès des émirs et des hauts personnages de l'Etat, « doit porter la kalansuwa, en été comme en hiver ». « C'est là, ajou- « te l'auteur, une manifestation de grand respect[4] ».

Mais on ne tarda pas à abuser de cette mode. On ne se borna plus à porter la ḳalansuwa dans les circonstances officielles ; elle devint d'un usage constant. « Les notables se complaisaient dans le « port de hautes kalansuwa comme d'une parure », dit Kindi. Ceci amena le kāḍi d'Egypte, au cours des années 126/743 - 237/851, à réagir contre cette coutume : il interdit qu'on « imitât les kāḍi dans « leur costume » et prohiba le port des ḳalansuwa. En dépit de cette « prescription, « Ibn Abi Al-Layṯ vit arriver un jour à son audience « des personnages portant toujours la même coiffure ; le ḳāḍi ordonna aux appariteurs de les frapper en faisant tomber leurs bonnets de « la tête... Depuis lors, personne ne se présenta devant Ibn abi Al- « Layṯ portant la ḳalansuwa[5] ». Cet événement produisit une telle impression que les poètes s'en emparèrent et en firent un titre de gloire pour le magistrat qui avait ainsi osé humilier les grands d'Egypte[6].

Ce renseignement de Kindi, combiné avec le passage précité de

(1) Gāḥiẓ, *Bayān*, II, 70. (2) *Wulāt*, 365. (3) *Wulāt*, 123 ; Abū Al-Maḥāsin, éd. ég., II, 44. (4) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 77. (5) *Wulāt*, 460.
(6) V. *supra*, 200, n. 5.

Yāḳūt[1], indique tout au moins une tendance très prononcée à réserver aux ḳāḍi le port de hautes ḳalansuwa[2].

Enroulé sur la ḳalansuwa, le turban était le complément nécessaire de la coiffure. Suivant le témoignage de Ǧāḥiẓ, les hommes de loi avaient un turban d'une forme spéciale. Le ḳāḍi d'Egypte Mufaḍḍal portait sur une haute ḳalansuwa un turban noir[3]. Les magistrats se plaisaient à agrandir autant que possible leur turban — signe de prestige — comme le recommande Ǧāḥiẓ[4]. Dans la littérature les ḳāḍi et hommes de loi sont toujours décrits portant un grand turban[5]. Les Mille et Une Nuits, racontant l'histoire d'un individu qui eut un jour l'intention d'ouvrir une école, disent qu'après avoir fait les préparatifs nécessaires, « il ceignit un très grand turban : les gens passant devant l'école, le prenaient pour un *faḳīh*[6] ».

Les turbans des hommes de loi atteignaient de telles proportions que le peuple en arriva à les comparer à des tonneaux ( *dānn* دنّ ). Cette comparaison devint tellement courante que l'on finit par se servir d'une déformation du terme même de *dann*, le terme *daniyya* دنيّة, pour désigner la coiffure d'un ḳāḍi. Aussi bien, d'après la définition qu'en donne Dozy, la *dannyya* est « le bonnet de ḳāḍi ayant la forme d'un *dann* دنّ[7]». C'est au IVe siècle H. qu'à notre connaissance, ce nouveau terme apparaît. Ibn Ḥaǧar raconte que le ḳāḍi d'Egypte Abū-Ṭāhir Al-Ḏuhli, de la première moitié du IVe siècle H., « portait à la tête une haute *dannyya*[8] ». Le célèbre poète arabe, Al-Ḥarīri, dans

(1) V. *supra*, 295, n. 1. (2) Par contre, une ḳalansuwa à forme particulière est en usage dans la peine de *tašhīr* ( التشهير ), qui consiste à promener ignominieusement un criminel par les rues de la ville », revêtu d'un accoutrement bizarre ( cf. Dozy, *Al-bayān al-mogrib*, glossaire, Vo شهر ). (3) V. *supra*, 199, n. 3. (4) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 80. (5) Ibšīhi, II, 216. (6) Mille et Une Nuits, éd. ég,, 1928, I, 291. (7) Dozy, *Vêtements*, Vo دنية. Dans le même sens, tous les dictionnaires arabes. Je ne vois pas pourquoi M. Bjorkman, dans son article « *Turban* », de l'Encyclopédie de l'Islam, croit devoir, bien que sous forme dubitative, faire dériver *dannyya* du mot *danina*. D'une part, ce terme, dans la forme présentée par M. Bjorkman, n'existe pas dans la langue arabe ; il y a le mot « danīn » دنين, mais dont le sens n'a aucun rapport avec la coiffure. La dérivation de « *dannyya* », telle que nous la présentons, a toujours été admise et elle s'appuie sur l'opinion de savants faisant autorité ( Outre Dozy, *ibid*,, cf. Dict. *Lissan al-arab*, *Muḥīṭ al-muḥīṭ*, Vo دنية ). (8) *Wulāt*, 586. Mez ( *op. cit.*, 217 ) ne semble faire aucune distinction entre la ḳalansuwa et la dannyya, ce qui l'amène à affirmer que la dannyya devint la coiffure officielle des ḳāḍi, dès le IIIe siècle H.. Il y a là, à notre avis, une double erreur.

sa Maḳāma, dite Al-iskandaryya, parle d'un magistrat « qui fut pris « d'un tel accès de rire que sa *dannyya* tomba de sa tête[1] ». Dans sa satire contre un ḳāḍi de son époque, Hamaḏāni le représente portant « sa *dannyya*[2] ».

A partir des premiers années du IVe siècle H., un nouvel accessoire de la coiffure des ḳāḍi va faire son apparition. C'est le *ṭaylasān*, appelé à jouer, dans le costume des magistrats, un rôle très important. C'est un voile qui couvre la coiffure et descend sur la nuque. Au cours du IIIe siècle H., on ne trouve pas encore trace du ṭaylasān. Ǧāḥiẓ, qui pourtant décrit en détail la coiffure et le costume des hommes de loi. n'en fait aucune mention ; et dans les autres textes du IIIe siècle H., d'ordre juridique ou littéraire, nous constatons le même silence. La Tradition reconnaît l'origine persane de cet accessoire de la coiffure, origine qui est d'abord révélée par ce fait que le mot même de *ṭaylasān* dérive du persan[3]. Sous les Umayyades, les Arabes éprouvaient une répulsion à porter le *ṭaylasān*, précisément à cause de son origine étrangère.

A cet égard, Ibn Ḳutayba rapporte une tradition suivant laquelle le calife ʿUmar ibn ʿAbd Al-ʿAzīz ( 99/717 - 101/719 ) aurait mis en garde un de ses gouverneurs, de « porter des bagues en or et des « *ṭaylasān* comme font les gens du *ḫarāǧ* », habitant la région de l'Euphrate ( Persans )[4]. Nous remarquons, d'autre part, que le *Kitāb al-huda*, dans le chapitre relatif aux vêtements, parle d'un ṭaylasān, comme coiffure des clercs, et en réglemente la mode[5].

Mais le ṭaylasān ne tarda pas à être adopté par les hommes de loi, dans l'Islam, et particulièrement, par les ḳāḍi. Il contribuait certainement à donner plus de majesté au port d'une personne ; et les magistrats ne pouvaient pas se priver de s'en parer. Avec la ḳalansuwa et la ʿamāma ou turban, le ṭaylasān deviendra la marque caractéristique des magistrats. « Je vis entrer chez moi, dit un person- « nage de Tannūḫi, un veillard à la barbe et aux cheveux blancs, « revêtu du costume des ḳāḍi, portant un taylasān bleu et une ḳalansuwa[6] ». Le magistrat, nouvellement nommé, se rend à la mosquée, pour la cérémonie de son installation, portant le ṭaylasān[7]. Cet ac-

(1) Rapp. in *Muḥīṭ al-muḥīt*, Vo دنية.
(2) *Al-adab al-ʿarabi*, II, 358.
(3) Cf. *Muḥīṭ al-muḥīt*, Vo طيلسان.
(4) Ibn Ḳutayba, éd. ég., 50.
(5) *Kitāb al-huda*, 259.
(6) Tannūḫi, 402.
(7) *Wulāt*, 552.

cessoire de la coiffure fera partie de la *ḫil'a* remise au nouveau magistrat, et, dès le début du IVe siècle H., l'expression « remettre à « quelqu'un le ṭaylasān et la ḳalansuwa » deviendra synonyme d'investiture judiciaire[1].

Quant au vêtement du corps, il semble avoir été une robe longue, sans qu'une forme spéciale fût de rigueur[2].

Les chaussures des ḳāḍi, comme des grands personnages et fonctionnaires de l'Etat, devaient aussi être d'une mode particulière. C'était le *ḫuff* خُفّ, sorte de soulier, sans talons et sans lacets, d'origine persane[3]. Tout comme pour la ḳalansuwa, Ǧāḥiẓ dit que « toute « personne convoquée à l'audience d'un émir ou d'un grand person- « nage devait, en été comme en hiver, porter des *ḫuff*[4] ». Dans le passage précité de Tannūḫi, où il nous présente un personnage revêtu du costume des ḳāḍi, il précise qu'avec le ṭaylasān et la ḳalansuwa, ce magistrat portait un *ḫuff* de couleur rouge[5].

Pour la couleur de leurs vêtements, les ḳāḍi adopteront la couleur officielle des Abbassides, le noir. Lorsqu'un magistrat essaiera de déroger à cette coutume, il subira les représailles des autorités. Le calife lui-même n'osera pas y déroger. Tayfūr rapporte que Ma'mūn ayant porté, « contrairement aux habitudes de sa dynastie, des vêtements verts, le peuple en ressentit une vive indignation ». Il dut, pour un jour d'audience publique, rejeter ces vêtements et endosser un habit noir, et, à la même occasion, il fit don de manteaux et de ḳalansuwa de même couleur à plusieurs de ses généraux, que ceux-ci portèrent dorénavant au lieu de leurs anciens habits verts[6]. Dans la première moitié du IIIe siècle H., un ḳāḍi d'Egypte, Ibn Miskīn, refusa d'adopter cette couleur pour son costume, malgré l'injonction qui lui fut adressée. Mais ses amis et partisans insistèrent auprès de lui, en lui faisant ressortir le grave danger auquel il s'exposait de la sorte. « On dira, lui fit-on valoir, que vous êtes un client des Umayyades ». Il se rendit à cette raison et « revêtit une robe de laine noire[7] ». Un autre kāḍi, qui ne se conformait pas à cette coutume

(1) *Wulāt*, 565 البسه الطيلسان والقلنسوة واجلسه ينظر بين الناس. Le ṭaylasān paraît avoir été de dimension étendue. Yākūt raconte, en effet, qu'au cours d'une soirée d'orgies, un kāḍi s'étant enivré et étant tombé à terre, on l'emporta chez lui après qu'on l'eût enroulé dans son ṭaylasān (Yākūt, V, 260). (2) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 78; *Wulāt*, 372. (3) Ǧaḥiẓ, *op. cit.*, 72. (4) Ǧāḥiẓ, *op. cit.*, 77. (5) V. *supra*, 300, n, 3. (6) Ṭayfūr, 3. (7) *Wulāt*, 469.

dans sa vie journalière, n'allait pas jusqu'à y manquer dans les occasions solennelles ou lorsqu'il craignait la réaction d'un gouverneur sourcilleux, comme ce fut le cas de Ṣayrafi, sous le gouvernorat de Iḫšīd[1].

Le turban que portait le kāḍi Mufaḍḍal était un turban noir sur une haute kalansuwa[2]. Le kāḍi Ibn Al-Ḥaddād se rend à la mosquée « portant un ṭaylasān et un turban noirs[3] ». Dans toutes les cérémonies d'installation, les annalistes ne manquent pas d'indiquer que le récipiendaire avait revêtu un costume et une coiffure noirs.

Cette couleur devient tellement constante que, dans le langage courant, l'expression « le noir » désignera par abréviation le costume lui-même. Ainsi, dans divers passages de chroniques, les magistrats sont représentés revêtus de « leur *noir* » ( ainsi que de « leur *tawīla*[4] ).

Cette coutume ne semble pas avoir été observée d'une façon absolument rigoureuse. Rappelons, à cet égard, le cas de magistrats portant des vêtements de couleur bleue, ou ne portant le noir que les jours d'audience[5].

Une dernière caractéristique de la tenue du kāḍi, c'est le port de la barbe et des moustaches. Dans tous les textes où la littérature décrit la tenue des magistrats, on ne manque pas de les représenter portant la barbe. Yaḥya ibn Akṯam apparut, raconte l'auteur de Mustaṭraf, « avec son grand turban et sa grande barbe, descendant sur « sa poitrine[6] ». Les magistrats en prenaient grand soin ; et plus elle était longue et fournie, plus ils en étaient fiers. Kindi rapporte que le ḳāḍi d'Egypte, Ibn Ġānem ( 198/813 - 199/814 ), avait une grande barbe et il avait grand'peur de la perdre ; aussi, pour la protéger du

(1) *Wulāt*, 559. (2) *Wulāt*, 377. (3) *Wulāt*, 552. (4) *Aġāni*, nouv. éd. I, 414 ; V, 286 ; Yākūt, II, 257. — Cette couleur devient à ce point inséparable de l'idée de costume officiel que la langue s'en ressentira encore davantage. Le terme « ṭaylasān » impliquera nécessairement le sens de couleur noire. Un terme nouveau « *ṭaylas* » entrera en circulation, avec le sens de « noir très foncé ». C'est ainsi qu'on qualifie les ténèbres de « ṭaylas ». Cf. *Muḥīṭ al-muḥīṭ*, V° طيلس

فرفعت رأسي للخيال فلم أرى غـــير المطي وظلمة كالطيلس

En effet, le ṭaylasān, devenu l'insigne le plus apparent et le plus caractéristique des kāḍi, est comme le mot lui-même, d'origine étrangère. Il y a lieu donc de penser que c'est ce terme qui a servi à forger celui de *ṭaylas*. (5) Tannūḫi, 102, 402 ; *Wulāt*, 540. (6) Ibšīhi, II, 216.

mauvais œil, il y accrochait une amulette, lorsqu'il montait en chaire, pour faire la prédication du vendredi[1]. Dans une page satirique célèbre, Hamḏāni ( + 396/1005 ), s'acharnant contre un ḳāḍi de son temps, disait que « sa barbe était la seule chose qu'il possédât, des « qualités d'un magistrat[2] ». Lorsque le pouvoir supérieur veut châtier un magistrat en l'humiliant aux yeux du public, il lui fait raser la barbe. Ainsi Ibn abi Al-Layṭ, ayant encouru la disgrâce du calife Mutawakkil, celui-ci donna l'ordre de « lui raser la tête et la barbe, « de le bâtonner et de le promener dans les rues de la ville, monté « sur un âne[3] ».

## §. 3. — Période fatimite

La période fatimite sera marquée par des modifications importantes dans le costume des magistrats. Une grande richesse se manifestera dans la qualité des vêtements et un grand faste se déploiera dans la mode. Ce faste et cette richesse apparaîtront pleinement dans les habits de parade, qui font partie de la *ḫil'a* reçue par les magistrats à l'occasion de leur nomination. Mais, aussi, ils ne feront pas complètement défaut au costume ordinaire.

En ce qui concerne la coiffure, la ḳalansuwa tend à disparaître; et à partir du V^e siècle H. on n'en parle plus. Sans doute, une coiffure est toujours portée sous du turban ; mais, elle n'est plus aussi haute que la ḳalansuwa et elle est recouverte par le turban et disparaît, vue de face, sous lui. Dorénavant, c'est la *'amāma* ( turban ), avec ses accessoires, qui constitue l'insigne du ḳāḍi et des hommes de loi, et c'est à dater de cette époque que l'on commence à appeler les hommes de loi, *aṣḥāb al-'amā'im* ( porteurs de turbans ), ou *al-mu'ammimūn*, au lieu de l'expression « *aṣḥāb al-ḳalānis* » de l'époque antérieure.

D'un texte important de Maḳrīzi[4], il semble ressortir que le tur-

(1) *Wulāt*, 420. Suivant un usage adopté par la suite, les hommes de loi ne laisseront pas pousser une grande barbe. Une raison, pour le moins pittoresque, qu'un juriste en donne, est la suivante : « La barbe, dit-il, a sa racine dans le cerveau ; celui qui allonge sa barbe diminue par conséquent la puissance de son cerveau ; et celui dont la puis- du cerveau est diminuée, a son intelligence affaiblie » ( Ibn Nuǧaym, VI, 264.

(2) Rapp. in *Al-adab al-'arabi*, II, 358.

(3) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 139 ; *Wulāt*, 466.

(4) Makrīzi, II, 304.

ban ne consistait plus seulement en une certaine quantité de voile enroulé autour de la tête, mais qu'une partie de voile descendait du turban pour passer au-dessous de la machoire et remonter ensuite du côté opposé et s'enrouler du nouveau autour de la tête. Cette mode est appelée *ḥanak* حنك, (machoire) ou *taḥnīk* تحنيك[1]. Durant cette nouvelle époque, le ṭaylasān prend une importance encore plus grande, spécialement chez les ḳāḍi al-ḳuḍāt. Il affectera une mode et sera muni d'une appendice qui n'étaient pas d'usage jusqu'alors. Ce sera un taylasān en voile à l'état mou (*mukawwar* مقوّر), mais il sera empesé, par la suite. Le ṭaylasān empesé ou non portera à l'époque mamluk un nom spécial : la *ṭarḥa* الطرحة[2]. Ce voile, posé sur le turban, descendait sur la nuque et sur les épaules, donnant ainsi à la coiffure une apparence de plus grande majesté[3]. Il y a lieu toutefois de remarquer que le port de la *ṭarḥa* n'était pas commun à tous les magistrats mais réservé exclusivement aux grands juges, comme cela résulte du texte précité de Maḳrīzi.

Mais il ressort du même texte encore qu'à partir du milieu du Ve siècle H., le ministre a droit à une *ṭarḥa*. En revanche, jusque vers les premières années du Ve siècle H., les textes ne font pas encore mention de ce genre de ṭaylasān ou tarḥa même pour les grands juges. Ainsi Ibn Ḥağar, lorsqu'il énumère les présents qui ont fait partie de la *ḫil'a*, remise au ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte 'Awwām, installé en 405/1014, comme à ses prédécesseurs, ne mentionne qu'un *ṭaylasān* simple.

A la même époque où la ṭarḥa était adoptée par les ḳāḍi, un autre usage apparut, ayant pour but d'agrémenter encore la coiffure. C'est le port de la *ḏu'āba*, ou *'aḏba* (ذؤابة — عذبة). Cet accessoire de la coiffure consiste en une houppe de soie, attachée au bout du

(1) D'après Bjorkman, cette mode a été importée du Maǧreb, par les Fatimites (E. I. Vo *Turban*). (2) Makrīzi, *ibid.* (3) Cf. Dozy, *Vêtements*, Vo طرحة et Vo طيلسان; Quatremère, (*Hist.* des *sultans mamlouk*, I, 2e part., 21). Il y a controverse sur le point de savoir si la tarḥa est identique au ṭaylasān. De Sacy (*in Dozy, ibid*). pense qu'ils différaient l'un de l'autre en ce que le ṭaylasān était posé sur la tête tandis que la ṭarḥa était posée sur les épaules. Dozy et Quatremère pensent, au contraire, que ces deux accessoires de la coiffure étaient identiques. Mais il y a lieu de noter que la ṭarḥa pouvait être empesée alors que le ṭaylasān ne l'était toujours pas, ce que Dozy et Quatremère admettent, d'ailleurs; mais, d'autre part, il semble ressortir d'un texte, dont ces deux auteurs ont omis de faire état, que la façon de porter l'un et l'autre de ces deux accessoires de la coiffure n'était pas la même (V. *infra*, 308, n. 3).

voile du turban et qui pend de ce turban, en retombant entre les épaules, sur le dos[1].

En ce qui concerne les autres parties du costume des magistrats, il n'apparaît pas des textes que nous avons pu recueillir, que des changements notables aient été apportées à la mode ancienne, sauf pour les vêtements qui font partie, à l'époque fatimite, de la *ḫil'a*. Ces vêtements, tels que nous les avons déjà sommairement décrits, ne servaient pas à l'habillement ordinaire du magistrat ; c'étaient des vêtements de parade qui n'étaient portés qu'aux cérémonies officielles. Tissées en soie, brodées en or et argent, les diverses pièces de cet habillement se trouvaient ainsi enfreindre la règle légale qui interdisait au nom des principes de la religion, l'usage de ces objets de luxe. En ce qui concerne plus spécialement la soie, son usage était constant, même dans l'habillement ordinaire des ḳāḍi. Jusqu'à la fin du VII^e siècle H., les magistrats portaient des vêtements de soie, ainsi que cela ressort d'un texte formel de Suyūṭi[2].

C'est à l'époque fatimite que se répand la coutume de la mule comme monture à l'usage des magistrats. La mule du ḳāḍi (بغلة القاضي) deviendra un animal célèbre ! Jusqu'au III^e siècle H., c'était plutôt l'âne qui était en usage. Lorsque les Aġāni décrivent un homme de loi, portant un turban noir et une kalansuwa, ils ajoutent qu'il « avait pour monture un *âne marrīsi* » ( de Marrīs, village d'Egypte[3] ). Un passage de Ǧāḥiẓ confirme cet usage[4].

La mule du ḳāḍi est de couleur grise ( شهباء ) et aucun autre dignitaire de l'Etat n'a le droit d'avoir une monture pareille[5]. Elle est offerte au magistrat par le calife, avec les autres présents de la *ḫil'a*.

Le hanarchement de la mule est de couleur noire, depuis les Ayyubites dont l'avènement avait marqué le triomphe de la cause abbasside sur les Fatimites[6].

## §. 4. — Périodes ayyubite et mamluk

Il ressort d'un texte de Ḳalḳašandi que le costume des kāḍi et hommes de loi n'a pas changé pendant les deux périodes ayyubite

(1) Maḳrīzi. *ibid.*; Ḳalḳ., IV, 42; Dozy, *op. cit.*, V^is ذؤابة , عمامة , منديل .
(2) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 102. (3) *Aġāni*, VI, 291. (4) Ǧāḥiẓ. *Bayān*, III, 78.
(5) Maḳrīzi, II, 246. (6) Maḳrīzi, III, 159.

et mamluk. Au demeurant, ce texte nous fournit, au sujet de ce costume, des renseignements nets et circonstanciés[1].

Le costume diffère, en quelques-uns de ses détails, suivant le rang des magistrats et le maḏhab auquel ils appartiennent.

*La coiffure.* — Les ḳāḍi du Caire et — plus tard, lorsque quatre postes de kāḍi al-kuḍāt furent institués par le sultan Baibars — tous ces hauts magistrats, ainsi que les kāḍi des ressorts importants du royaume, portaient de très grands turbans en voile[2]. Le port de la *ṭarḥa* sur le turban était resté réservé au grand juge šafiite, ce par quoi il se distinguait de ses collègues des autres maḏhab[3]. Il ne faisait ainsi, d'ailleurs, que continuer la tradition de l'époque antérieure, Par la suite, le même privilège fut accordé au grand juge ḥanafite, à l'exclusion des grands juges malékite et ḥanbalite[4]. La *ṭarḥa* pré-

(1) Ḳalḳ., IV, 42. (2) يلبسون العمائم من الشاشات الكبار للغاية (Ḳalḳ., *ibid*).

(3) Cf. Quatremère, *op. cit.*. I, 2e part., 21, n. 23. La question reste très obscure, de savoir à quels personnages était réservé le port de la *ṭarḥa*. D'après les textes précités de ʿUmari (*Masālik al-abṣār*) et de Kalḳašandi, il est clair que le port de la *ṭarḥa* constituait un insigne distinctif des deux kāḍi al-kuḍāt, šafiite et ḥanafite. Il n'y a donc pas lieu de douter, comme le fait Dozy, qui ne tient pas compte du texte de Kalḳašandi, que le kāḍi al-kuḍāt ḥanafite avait le droit au port habituel de cet acccessoire de la coiffure. Mais est-il bien vrai que la *ṭarḥa* était réservée aux kāḍi al-kuḍāt šafiite et ḥanafite? Différents textes donnent à penser le contraire. Makrīzi, contemporain de Kalkašandi, décrivant le costume du ministre à son époque, déclare qu'il portait le ṭaylasān empesé ou ṭarḥa, que tous les *arbāb al-amā'im* recevaient aussi, avec leur *ḫilʿa* (Makrīzi, II, 305). Ce passage est d'autant plus significatif que quelques lignes plus haut, Makrīzi, parlant du *ṭaylasān* empesé auquel eut droit le ministre, spécifie qu'il était jusqu'alors réservé au kāḍi al-kuḍāt. D'autre part, Nuwayri (*apud* Quatremère mentionnant l'avènement au trône du fils de Baybars en 676/1277), raconte qu'il « fit aux notables et aux grands personnages des *ḫilʿa* comprenant des ṭarḥa, alors qu'auparavant c'était seulement le kāḍi al-kuḍāt qui recevait la *ṭarḥa* dans sa *ḫilʿa* ». Pourrait-on résoudre la difficulté en supposant que les kāḍi al-kuḍāt šafiite et ḥanafite portaient la ṭarḥa habituellement, alors que les autres personnages, ne la portaient qu'aux cérémonies officielles? (Cf. pour un autre cas, Dozy, *Vêtements*, V° طرحة). Le calife, sous les Mamluk, porte aussi la ṭarḥa (Kalk., III, 280-281). (4) Nous ne pouvons fixer la date précise de cet événement. Un texte de Nuwayri (rapp *in* Dozy, *Vêtements*, V° طرحة) nous apprend qu'en l'année 716/1316, le nommé Sirāǧ al-dīn fut promu comme kāḍi-kuḍāt ḥanafite et « reçut la *ṭarḥa, suivant la coutume des ḳāḍi* ». Il ressort de ce texte que le port de la *ṭarḥa* à cette époque, ne constitua pas une innovation. Un autre texte, rapporté par le même auteur, nous apprend qu'en l'année 676/1277, un haut personnage du royaume reçut le privilège de porter la *ṭarḥa*; or, il serait difficile d'admettre que les personnes étrangères à la magistrature eussent joui du droit de porter la *ṭarḥa*, alors que le kāḍi

cise Ḳalḳašandi, « recouvrait le turban et se répandait sur le dos[1] ».

Les ḳāḍi al-kuḍāt malékite et ḥanbalite ainsi que les ḳāḍi des ressorts importants portaient comme les ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite et ḥanafite de très grands turbans. Les uns laissaient pendre de ce turban une *ḏu'āba* atteignant une longueur telle qu'elle touchait le troussequin de la selle, quand ils étaient sur leur monture[2]. Sous les Mamluk, la *ḏu'āba* porte un nouveau nom, celui de *'aḏba* عذبة et elle est dorénavant réservée aux magistrats[3].

D'autres magistrats préféraient porter, au lieu de la *'aḏba*, le *ṭaylasān*[4].

Les ḳāḍi des postes secondaires avaient des turbans moins grands que ceux de leurs collègues et ils n'avaient droit ni à la *ḏu'āba*, ni au *ṭaylasān*.

En ce qui concerne les autres parties de l'habillement extérieur, les grands juges et les magistrats assimilés portaient « un *dalak*, « sorte de robe flottante, aux manches amples et longues, d'une seu- « le couture, ouverte au-dessus des épaules, et trainant sur les pieds ». La robe des ḳāḍi subalternes était une robe appelée *farağyya* (فرجية) aux manches amples et longues, fendue du haut en bas et boutonnée. Aux pieds, les ḳāḍi portaient des *ḫuff* en cuir tanné sans éperons.

Quant à la couleur des vêtements, le noir reste prédominant. Tout au moins, la coiffure ( turban, ṭarḥa, ṭaylasān ) est toujours noire. Mais il semble que, pour la robe, le blanc entra en usage à l'exclusion des autres couleurs.

al-kuḍāt, qui était du rite ḥanafite, lequel était le rite de la dynastie régnante, n'eût pas le même droit. Nous pouvons donc tout au moins localiser l'événement entre les années 663/1264, date de l'institution des kāḍi-kuḍāt et l'année 676/1277.

(1) طرحة تستر عمامته وتنسدل على ظهره. Peut-être en cela réside la différence entre la ṭarha et le ṭaylasān, celui-ci ne recouvrant et ne dissimulant pas entièrement le turban.

(2) C'est pourquoi on la qualifie de ذؤابة مرخاة. (3) Makrīzi, II, 305.

(4) Quoique devenu très répandu, même chez beaucoup de personnages n'appartenant pas à la magistrature, le ṭaylasān conserve son prestige et apparaît dans le langage courant comme la marque distinctive par excellence du premier des kāḍi al-kuḍāt. Ainsi, dans les diplômes de nomination du kāḍi al-kuḍāt šafiite, il est appelé « le porteur du taylasān, auquel doit obéir tout homme d'épée » ( Ḳalḳ., XI, 198 ).

L'usage de la soie disparaît, et même les tissus où la soie entre en partie sont condamnés. Ce fut en l'année 695/1295 que se produisit cette innovation. En cette anné, raconte Suyūṭi, « le ḳāḍi al-ḳuḍāt šafiite Taḳi al-dīn, ayant reçu en ḫil'a des vêtements en soie, refusa de les porter et ordonna le port des vêtements en laine ». Le même auteur ajoute que cette coutume persistait à son époque, à la fin du IXe siècle H.[1].

La monture des magistrats est toujours la mule. On cherche de plus en plus à choisir des bêtes de qualité rare. Ainsi, les hauts magistrats et assimilés ( اعيان هذه الطائفة من القضاة ونحوهم ) avaient « des mules rares, qui égalent en valeur les meilleurs des chevaux ». Elles devaient être de couleur blanche tachetée de noir. Le hanarchement de la bête est particulièrement soigné, certains accessoires de hanarchement sont réservés à la mule des ḳāḍi al-ḳuḍāt[2]. Ceux-ci ne doit jamais circuler à pied ; les écuries royales doivent toujours tenir à leur disposition des bêtes de rechange[3].

---

(1) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 122. (2) Ḳalḳ., IV, 42. (3) Makrīzi, II, 246.

*Le costume des ḳāḍi en Occident musulman.* Il diffère considérablement du costume oriental. Nous nous limiterons à quelques brèves remarques tirées des usages des VIIe et VIIIe siècles H. ( Makkari, I, 105 ; Kalk., V, 271 ).

Dans l'Espagne musulmane et, plus particulièrement dans sa partie orientale, les kāḍi et hommes de loi ne portent pas le turban. Ils paraissent tête nue, ( influence des pays chrétiens avoisinants ? ). Aussi soignent-ils la coupe de leurs cheveux ( Kalk., V, 271 ). Le ṭaylasān est en usage comme en Orient, mais au lieu d'être porté sur la tête, pour descendre ensuite sur le dos, il est porté plié sur les épaules ou sur une épaule seulement.

Aucune prescription de rigueur n'existe en ce qui concerne la couleur ces vêtements ; mais la couleur le plus généralement usitée est le blanc ( Ḫušāni, 135 : Kalk., V, 271 ). Le ṭaylasān est aussi de cette même couleur ( Makari, I, 597 ).

Dans le Maġreb, le turban est en usage comme en Orient. Toutefois, sa forme est différente : il est plus haut et moins gros. Quant à sa couleur, il est régulièrement vert ( Kalk., V, 203. La mule est, là encore, la monture des ḳāḍi ( Kalḳ., V, 205 ).

En Espagne comme au Maġreb, on est loin de trouver le même luxe qu'en Orient.

CHAPITRE QUATRIÈME

# COMPOSITION DU TRIBUNAL

## Section I. — La règle de l'unicité

Le tribunal judiciaire de droit commun en Islam est composé d'un juge unique, le ḳāḍi. La doctrine rejette toute possibilité de formation collégiale. « Le calife ne peut pas, dit Ḫaraši, nommer deux « ḳāḍi devant juger concurremment une même affaire, l'avis de l'un « dépendant de l'avis de l'autre ; car, comme l'a dit Ibn Ša'bān, le « juge ne peut pas être une moitié de juge[1] ». La même règle est en« seignée par l'Ecole šafiite. « Il est possible de nommer deux ḳāḍi « pour une même ville, chacun ayant compétence dans une circons« cription ; mais ils ne pourraient être institués pour juger concurremment[2] ». De même, pour l'Ecole ḥanafite, Māwardi parlant du cas où plus d'un magistrat sont institués dans une même circonscription ou une même ville, n'envisage nullement l'hypothèse de deux ou plusieurs ḳāḍi formant un collège. Les seules hypothèses qu'il envisage comme possibles sont celles : 1° — de ḳāḍi institués, chacun, pour une circonscription territoriale ( compétence *ratione loci* ) ; 2° — de ḳāḍi compétents, chacun pour certaines catégories d'affaires ( compétence *ratione materiæ* ) ; 3° — de ḳāḍi compétents concurremment mais jugeant séparément toutes sortes de litige[3].

Ce principe de l'unicité du juge a-t-il souffert quelques exceptions ? Certains écrits de juristes de la basse-époque semblent en admettre théoriquement la possibilité. C'est ainsi que les *Fatāwi al-hindyya* et *Ǧāmi' al-fuṣūlayn* posent le cas d'un « sultan qui nomme à la juridiction d'une ville deux ḳāḍi ensemble, dont l'un juge

(1) Ḫaraši, VII. 169. (2) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 143. (3) Māwardi, 70 — Même système dans le maḏhab ḥanbalite ( *Farra*, 53 ).

seul des litiges ». Les décisions de ce juge seraient nulles ; car il en est de ces juges comme de deux mandataires ( auxquels il n'est pas possible d'agir séparément sans pouvoir exprès[1] ). On trouve une solution encore plus explicite dans les *Fatāwi al-ḥanyya*. « Si le sul- « tan confie la juridiction dans une ville à deux personnes, aucune « d'elles n'a pouvoir de juger seule[2] ». Ibn Al-Ǧawzi rapporte un cas pratique de collégialité : 'Ubaydallah Al-Anbāri et 'Umar ibn 'Amir étaient ḳāḍi de Baṣra ; « ils se réunissaient et statuaient ensemble « sur les procès des plaideurs[3] ».

Sous les Mamluk, à Damas, 'Umari rapporte que, sur l'ordre du vice-roi, les kāḍi des quatre maḏhab siégeaient en collège, assistés d'autres hommes de loi, pour juger les cas difficiles qui étaient distraits de la compétence du juge unique[4]. Mais tant ce précédent historique que les spéculations des juristes n'ont pas rencontré dans la pratique un terrain favorable pour se développer normalement.

L'unicité du juge nous paraît découler directement des origines historiques du système judiciaire musulman. Le kāḍi a pris la place du délégué du gouverneur byzantin de province préposé à la juridiction. Le gouverneur, lui-même juge dans sa province, est unique ; son délégué est unique naturellement ; les conquérants arabes ont appliqué le même système.

Mais tout comme dans le système judiciaire byzantin, le magistrat — gouverneur ou son délégué — s'entourait des avis d'un *consilium* de juristes, le ḳāḍi musulman ne jugera pas seul ; il sera généralement assisté d'assesseurs, chargés de l'éclairer de leurs avis sur les difficultés juridiques soulevées par les procès.

---

(1) Uzağandi, III, 387 ; Ibn kāḍi Samāwana I, 14. (2) Kaḍiḥān, II, 352.
(3) Ibn Al-Ǧawzi, 56. (4) *Masālik al-abṣār*, I, 196.

## Section II. — Le consilium ou masura

Le système du *consilium* est un des aspects qui semblent avoir été les plus négligés dans l'étude du système judiciaire musulman. L'attention des auteurs modernes a été exclusivement attirée par la règle de l'unicité, sans doute en raison de ce qu'à partir d'une époque tardive cette règle fut appliquée rigoureusement du fait de la décadence ou de la transformation du système du *consilium*.

*Al-mašūra* ( prendre conseil d'autrui ), c'est là un des principes sur lesquels insistent le plus tous les auteurs musulmans qui ont traité des règles générales de gouvernement. Dans les traités, un chapitre spécial est consacré à la nécessité pour toute personne investie d'une fonction publique, de recourir aux conseils de gens éclairés, et à faire ressortir les avantages de la *mašūra*[1]. La *mašūra* a été recommandée par Allah lui-même, dans un des versets du Coran (وشاورهم في الامر). Le Prophète a été le premier en Islam à suivre ce précepte. Même avant l'Islam, les peuples antiques en faisaient une application courante ; et à cet égard on cite des recommandations dans ce sens, attribuées à des philosophes et des rois arabes, perses et grecs, et des pratiques en honneur parmi leurs peuples. Les califes musulmans ont suivi cette tradition. Les traités indiquent ensuite les qualités que doivent avoir les personnes à qui on peut demander conseil ; et ils font ressortir les inconvénients qu'entraîne le fait d'agir sans consulter personne, comptant sur ses seules lumières.

Il est fait application du même principe en matière judiciaire. Les personnes qui assistent le ḳāḍi, dans l'administration de la justice, comme celles qui assistaient le juge romain et byzantin[2], ne sont pas des assesseurs au sens propre du mot, mais elles forment un *consilium* appelé à donner de simples avis, des consultations, au magistrat. Ces avis ont un caractère essentiellement consultatif ; la décision appartient toujours au kāḍi, seul. La nécessité d'une institution de ce genre trouve sa justification pratique et la raison de son maintien dans ce fait que, dans la plupart des cas, le ḳāḍi était

(1) Cf. not. les rubriques sur la *mašūra* dans *'Uyūn al-aḫbār*, de Ibn Kutayba, et *Nihayat al-arab*, de Nuwayri. (2) Cf. Collinet, *Mélanges Gény*, I, 27 s.

loin de posséder les connaissances techniques nécessaires pour pouvoir résoudre par lui-même les difficultés juridiques soulevées par le procès. Le kāḍi doit consulter des hommes de loi, dit un auteur, « car l'exercice de la justice est un art difficile et délicat[1] ».

Telle qu'elle est énoncée dans la plupart des écrits des juristes, la consultation des techniciens est obligatoire, au moins moralement; dans d'autres, elle apparaît comme facultative, subsidiaire pour le juge. Ainsi, d'après Ṭūri, « pour la solution des difficultés juridiques, le « ḳāḍi doit les résoudre par lui-même ; mais il serait préférable qu'il « eût recours à la consultation des fuḳahā'[2] ». En tous cas, le kāḍi ne doit avoir recours aux conseils des fuḳahā' qu'en cas de difficultés dans la recherche de la solution[3]. Mais cette consultation est recommandée non seulement au juge ignorant mais même au *'ālim*, au kāḍi, technicien lui même[4].

La consultation doit-elle porter tout à la fois sur les points de droit et sur les points de fait? Dans aucun texte de la doctrine, on ne trouve cette distinction faite. Il semble résulter de l'économie générale du système ainsi que des termes dans lesquels les auteurs posent la question, que la consultation ne porte que sur les points de droit. D'ailleurs, s'il en était autrement, on ne comprendrait pas pourquoi la qualité de technicien (*faḳīh*, *'ālim*) est seule envisagée chez la personne à qui le juge doit s'adresser. D'autre part, les textes semblent tous supposer des cas de difficultés juridiques. Comme ledit Kāsāni, le ḳāḍi consulte les fuḳahā' s'il n'arrive pas à trouver lui-même la *solution juridique* des cas qui lui sont soumis (ان اشكل عليه من احكام الحوادث)[5].

L'obligation de provoquer les avis des techniciens comporte-t-elle obligation de leur assistance à l'audience du juge? Sur ce point, il y a une divergence bien nette entre les Ecoles. D'après les madhab ḥanafite et šafiite, la participation d'un *consilium* aux débats du procès est, en principe, facultative pour le ḳāḍi. Le ḳāḍi jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire. Si la présence de conseillers à son audience publique le gêne en quelque façon que ce soit, il peut s'en dispenser, en se contentant de leur demander leur avis, en dehors de l'audience[6]. Mais la présence des conseillers à l'audience est

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 254. (2) Ḫaraši, VII, 191. (3) Kāsāni, V, 12; Ibn Nuǧaym, *ibid.*; Ibn 'Abdīn, IV, 420. (4) Saraḫsi, XVI, 71 (5) Kāsāni, V, 12. (6) Kāsāni, *ibid.*; Ibn Nuǧaym, VI, 278.

recommandée. Elle apparaît même comme étant la règle généralement suivie en fait. « C'est une des règles de conduite du kāḍi (اداب القاضي) de tenir audience, entouré de fuḳahā'[1] ». D'autres auteurs sont encore plus catégoriques. « Il ( le kāḍi ) ne doit pas tenir « audience seul », et ils donnent la raison de ce précepte : « car, cela susciterait des soupçons[2] ». Pour renforcer la règle de l'assistance du kāḍi par des conseillers, la doctrine ne manque pas d'inventer même des traditions. Ainsi, d'après l'une d'elles, le calife 'Uṯmān ne tenait ses audiences de justice qu'entouré de quatre personnes, choisies parmi les Compagnons du Prophète ( الاصحاب ).

Dans le maḏhab malékite, l'assistance de conseillers à l'audience est imposée d'une façon impérative. Dasūḳi fait cependant une réserve pour les litiges qui ne soulèvent que des questions faciles à résoudre. Dans ce cas, le kāḍi peut se contenter d'une simple consultation[3]. Mais d'après Ibn Farḥūn, le kāḍi ne peut tenir valablement audience qu'avec l'assistance d'hommes de loi[4].

La divergence d'opinions entre maḏhab ḥanafite et šafiite d'une part et malékite de l'autre, n'est, semble-t-il, que la consécration doctrinale de l'évolution indépendante que l'institution du *consilium* a suivie dans les pays d'Orient et d'Occident, comme on le constatera bientôt.

En ce qui concerne les qualités requises du conseiller, les développements que leur consacre la doctrine sont succints ; le conseiller doit être un *faḳīh*, un homme versé dans la science de la loi. Il doit en plus présenter des garanties suffisantes de moralité et de piété religieuse[5]. Sous cette réserve, le juge est libre dans le choix de ses conseillers. Il est cependant recommandé au kāḍi nouvellement nommé de maintenir en charge les conseillers de son prédécesseur[6].

Quant au statut juridique du conseiller, la doctrine ne lui reconnaît aucun caractère officiel. Le rôle de conseiller d'un juge ne

(1) Kāsāni, *ibid.* (2) Marġināni, III, 63 ; Ibn Nuǧaym, *ibid.* — Dans une opinion contraire, cependant, les consultants ne doivent pas paraître à l'audience du juge, car autrement, dit-on, il ne suivrait plus avec suffisamment d'attention les débats, et les plaideurs le prendraient pour un ignorant ( cf. Saraḫsi, XVI, 66 ). (3) Dasūḳi, IV, 157. (4) Ibn Farḥūn, I, 29. (5) Šāfi'i, VI, 207 ; Kāsāni, VII, 12. (6) Marġināni, III, 83.

constitue pas une charge ou office public. C'est exclusivement à titre de personne privée que le fakīh donne des avis techniques au magistrat. La doctrine est formelle sur ce point. Comme le dit Šāfi'i, « le kāḍi ne peut pas *nommer* un *mušir* ( conseiller ). Suit une expli- « cation assez sybilline : c'est au Prophète seul que Dieu a réservé « ce droit ».

La liberté du magistrat est entière quant au nombre des personnes qu'il peut consulter ou faire siéger avec lui. Il peut se contenter d'un seul conseiller, comme requérir l'avis de deux ou de plusieurs conseillers. Cependant, la doctrine suppose presque toujours la dluralité de conseillers. Comme le dit Kāsāni, « le kādi siège avec un certain nombre de *fuḳahā'* ( جماعة من اهل الفقه ), qu'il consulte sur les questions litigieuses[2] ».

Dans la pratique, les traditions renferment des éléments qui tendent à prouver que, dès l'époque la plus reculée de l'histoire de l'institution kadiale, le juge se faisait assister d'un *consilium*. Sans doute, nous ne tenons pas ces traditions comme certainement authentiques; mais tout au moins elles portent confirmation de la manière suivant laquelle la justice était administrée à l'époque où elles furent mises en circulation. Ainsi, d'après l'une de ces traditions, le calife 'Umar ayant nommé un ḳāḍi pour la ville de Ḥimṣ de Syrie, lui demanda ce qu'il ferait au cas où il ne trouverait pas dans le Livre sacré ou la Sunna la solution d'une difficulté juridique. Le ḳāḍi aurait fait cette réponse : « Je recourrais à mon raisonnement personnel et je consulterais mes assesseurs ( استشير جلسائي )[3] ». D'après une autre tradition que nous avons déjà eu l'occasion de commenter, le gouverneur, umayyade, Marwān, s'entendit répondre par un kāḍi d'Egypte, illettré, que pour toutes les questions qu'il ne pourrait résoudre lui-même, il recourrait aux avis de tierces personnes. Pour une époque moins ancienne, Ibn Ḫallikān rapporte que le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad, Yaḥya ibn Akṯam, tenait audience avec l'assistance de fuḳahā'.

Le fait d'être appelé à ce *consilium* constituait un grand honneur et une manière de préparation pour l'exercice des fonctions judiciaires. C'est ainsi que Ibn abi-Dāwūd, avant de succéder à Ibn Akṯam, faisait partie du *consilium* de ce haut magistrat[4].

(1) Šāfi'i, *ibid.* (2) Kāsāni, VII, 12. (3) Ibn Nuǧaym, VI, 275.
(4) Ibn Ḫallikān, I, 28.

Au IVe siècle H., Ibn Ḥağar indique, dans la chronique consacrée au ḳāḍi d'Egypte Ibn Al-Ḥaddād, que ce dernier tenait toujours audience, entouré de quatre personnes siégeant, deux à sa droite et deux à sa gauche[1]. Le calife Al-Muṭī', nommant en l'année 363/973, le ḳāḍi al-ḳuḍāt Abū-Ḥasan Al--Hāšimi, lui prescrit de faire siéger à son audience des personnes pouvant l'éclairer par leur science et leurs avis[2]. De même, lorsque le calife fatimite désigna au siège du Caire, Ibn Al-'Awwām, en 405/1014, il lui intima l'ordre, dans le diplôme d'investiture, de « ne siéger, pour rendre la justice, qu'avec « l'assistance de quatre fuḳahā' de la Cour, afin d'éviter qu'il ne ren- « dît des jugements contraires à la doctrine adoptée par le calife[3] ».

Pour l'époque de la décadence, des textes formels continuent à attester la persistance de l'institution. Ainsi, lorsque, parlant des greffiers du magistrat, le Traité *Nihāyat al-arab* indique que ces greffiers doivent avoir une connaissance suffisante de la loi, il donne, pour justifier cette condition, la raison suivante : « Il ( le greffier ) se trouve toujours auprès du ḳāḍi, qui, à son audience, est en- « touré, dans la plupart des cas, d'hommes de loi, qui discutent les « points de droit et émettent chacun son avis ». Le greffier doit pouvoir suivre utilement ces discussions[4].

Ce qui tend à prouver encore que l'assistance du magistrat par un *consilium* de jurisconsultes était devenue courante, c'est qu'on a eu recours à ce même *consilium* dans les procédures judiciaires exceptionnelles telles que la procédure des *maẓālim*. Māwardi, en énumérant les règles de la constitution de la juridiction des *maẓālim*, indique que la troisième catégorie de personnages qui doivent siéger avec le président de cette juridiction comprend les «jurisconsul- « tes qui sont appelés à éclairer le magistrat sur les points soulevant des difficultés[5] ».

---

(1) *Wulāt*, 552. (2) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162. (3) *Wulāt*. 610. Les diplômes d'investiture des magistrats leur recommandent expressément de consulter les fuḳahā' dans toutes les difficultés juridiques soulevées dans les procès. ( Cf. Ḳalḳ., X, 274 ss. XII, 51 ). Les diplômes confirme l'usage de l'assistance du ḳāḍi par des assesseurs à l'audience. Les juristes sont, suivant une expression courante, « les ailes ( du magistrats ) lorsqu'ils prennent place à sa droite et sa gauche » ( Ḳalḳ., XII, 49 ).
(4) Nuwayri, IX, 4. (5) Māwardi, 76.

## Section III. — Le mufti

### §. Ier — Notions générales

Une institution qui s'apparente étroitement au système judiciaire musulman et qui est la consécration pratique du principe de la *mašūra* est l'institution de la *futya* ou *iftā'*. Elle consiste dans le fait de donner une réponse à une question d'ordre juridique ou religieux. La personne qui donne cette réponse s'appelle *mufti* ; celui qui la provoque et la reçoit s'appelle *musṭafti*. Cette institution du droit islamique correspond à l'institution romaine du *jus publice respondendi*, et nous verrons qu'elle présente avec elle beaucoup de points d'analogie.

Il serait très intéressant de démontrer le rôle qu'a joué l'institution de la futya. Nous croyons qu'en Islam où, en principe, il n'existe pas un pouvoir législatif, le rôle des Prudents dans l'élaboration législative a été de tout premier plan. C'est, dans une large mesure, grâce aux réponses des mufti, réponses non motivées et où, par conséquent, la liberté du consultant était très large, que la doctrine, théoriquement immuable, s'est, au cours des siècles, adaptée à la pratique, l'évolution juridique s'accomplissant ainsi silencieusement.

Dans les questions controversées — dans les cas où les doctrines anciennes se heurtaient aux réalités nouvelles de la vie sociale, — la solution conforme aux nécessités pratiques était trouvée et adoptée grâce à une *fatwa*. La règle suivant laquelle la futya ne peut s'exercer que des cas d'espèces soulevés par la pratique, et non sur des cas théoriques, fait encore mieux ressortir le rôle et l'influence du *jus respondendi* musulman[1]. La formule وعليه الفتوة, qui signifie que c'est en tel sens que s'est établi l'accord entre les Prudents, est

(1) Le rôle des Prudents en matière de politique et de droit public sera aussi considérable. C'est grâce à des fatwa que, par exemple, le sort des ḏimmi sera souvent ou amélioré ou aggravé. ( Cf. *Wulāt*, 382, 552 ). C'est à coup de fatwa que des princes sanguinaires essaieront de justifier leurs exploits les plus brutaux, ou chercheront à faire prévaloir une prétention quelconque ( cf. Faḫri, *Hist. des dynasties musul.*, éd. Amar, 25 ). — Cf. *infra*, II, 10.

la formule qui sert normalement à trancher les controverses et à consacrer définitivement les solutions nouvelles. Ce travail d'élaboration législative prit une telle importance que la nécessité se fit sentir de réunir en de grands recueils les consultations ou *fatwa* des Prudents célèbres.

Il nous semble que cette influence considérable exercée par les Prudents sur l'interprétation et le développement de la loi constitue la raison majeure qui a provoqué l'ingérence de l'Etat dans cette profession et du contrôle qu'il a entendu exercer sur elle.

Le besoin de personnes qualifiées par leur instruction et leurs connaissances juridiques s'est fait sentir de bonne heure en Islam. L'expansion de la nouvelle religion, le nombre de plus en plns croissant des convertis qui n'acquéraient que des notions très vagues de leur nouvelle foi, la tendance de cette foi à commander toutes les manifestations, aussi bien temporelles que spirituelles, de la vie courante, enfin, la survivance des lois et coutumes des pays conquis qu'il fallait harmoniser avec les préceptes nouveaux et faire comprendre et adopter par les nouveaux maîtres, postulèrent impérieusement le recours incessant aux avis éclairés de personnes compétentes, de techniciens du droit. Ce besoin se fit sentir d'abord chez les simples particuliers, désireux de conformer leur conduite aux préceptes de la nouvelle religion et d'assurer aux actes de la vie juridique courante leurs conditions de validité. C'est ainsi que, suivant le témoignage de Maḳrīzi, les habitants d'Egypte, ayant continué au début du IIe siècle H., à appliquer les lois et coutumes locales, ce fut Yazīd ibn abi-Ḥabīb qui vint d'Irak pour les éclairer sur leurs nouveaux devoirs[1]. On doit entendre par là que ledit Yazīd s'institua comme juriste, exerçant parmi le peuple la profession de consultant. Les habitants devaient naturellement avoir recours à ses avis, pour toutes les difficultés juridiques de la vie courante. Ibn Ḳutayba signale qu'au Ier siècle H., en Irak, vivait le célèbre Al-Ḥasan Al-Basri, auquel on s'adressait pour la futya[2]. D'après Ibn Sa'd, les habitants de Baṣra avaient, vers la fin du Ier siècle H., un mufti en la personne de Gābir ibn Sa'īd[3]. Un autre jurisconsulte célèbre, sous le califat de Ma'mūn, était Al-Layṯ ibn Sa'd, qui tenait, disent les chroniqueurs, quatre audiences par jour, dont l'une était consacrée à la délivrance de consultations aux particuliers[4].

(1) Maḳrīzi, IV, 143, (2) Ibn Ḳutayba, 83. (3) Ibn Sa'd, VII, 131.
(4) Amīn, *Ḍuḥa*, II, 90.

Vers la même époque, l'autorité suprême s'est préoccupée d'instituer elle-même des juristes chargés de la futya, qui correspond alors exactement dans son essence au *jus publice respondendi* romain. Le document le plus ancien qu'à notre connaissance on possède sur ce point, est un texte de Maḳrīzi, suivant lequel le calife umayyade 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz ( 96/714 - 101/719 ) désigna trois personnes à qui il confia la charge de la futya en Egypte. Deux d'entres elles étaient des indigènes du pays, des *mawla*, et la troisième était d'origine arabe.

Ce texte de Maḳrīzi est important à beaucoup d'égards. Il démontre en premier lieu que, dès la fin du Ier siècle H., la fonction de consultant était érigée, au profit de quelques personnes, en charge publique, réglementée par l'autorité supérieure et soumise à son contrôle. Il démontre aussi l'importance que cette fonction avait déjà acquise, l'autorité publique ayant jugé nécessaire d'intervenir dans sa réglementation. Le choix, enfin, de deux indigènes du pays, pour délivrer aux particuliers les consultations nécessaires pour l'interprétation de la loi, tend à démontrer la supériorité intellectuelle des indigènes[2] et, d'autre part, la survivance des lois et coutumes des pays conquis, pour l'interprétation desquelles ces indigènes étaient particulièrement qualifiés.

Mais il ne faut pas croire que la futya était devenue exclusivement une charge publique. A côté des juristes que le pouvoir central désignait pour la délivrance de consultations concrètes, la liberté était reconnue à toute personne de s'établir comme mufti, en se qualifiant aux yeux du public par ses connaissances juridiques. Il ne semble même pas que les consultations émanées des mufti officiels aient eu force obligatoire, non reconnue aux consultations émanées desjurisconsultes libres. L'autorité publique, par la désignation de tels ou tels jurisconsultes, ne faisait qu'aller au devant des besoins de la population, pour faciliter aux intéressés un choix utile[3].

(1) Makrīzi, IV, 143. (2) Le choix de ces deux indigènes avaient en effet, déplu aux Arabes, et ils s'en ouvrirent au calife, qui leur rétorqua : « En quoi suis-je fautif si les *mawla* vous sont supérieurs » ? ( Maḳrīzi, *eod. loc.* ). (3) Le mufti, même désigné par l'autorité publique — et même le mufti de l'époque ottomane, devenu un véritable fonctionnaire public — restent toujours au service des particuliers. Cette tradition se maintient jusqu'à nos jours ; nous possédons une copie certifiée conforme d'une fatwa délivrée par le mufti de Tripoli à un plaideur, en date du 28 mai 1934, ( les mufti ont été maintenus au Liban et en Syrie ) au sujet d'un procès concernant un bien *wakf*.

Aussi bien, il semble que, dans son principe, l'institution de la ṭutya était mise exclusivement au service des particuliers, tant pour leur édification personnelle que pour les besoins de leurs causes en justice. Mais précisément, en raison de leurs aptitudes, les mufti se trouvaient être particulièment désignés pour délivrer des consultations au juge même et faire partie de son *consilium*. Les deux charges devaient se confondre alors. L'homme de loi, le faḳīh, que le ḳāḍi consultait se trouvait être par le fait même un mufti, exerçant le *jus respondendi*. Cette confusion est particulièrement visible dans les textes relatifs au fonctionnement de la justice, dans l'Espagne musulmane. Le *mušāwar* ( conseiller ) du ḳāḍi est la personne qui délivre au ḳāḍi des fatwa ; tel personnage formant partie du *consilium* du juge était celui à qui le juge « demandait des fatwa[1] ».

La règle de l'unicité était de rigueur aussi bien en matière de consultation qu'en matière de juridiction. On ne connaît pas, dans l'organisation judiciaire islamique, de collèges de mufti. Sans doute, deux ou plusieurs mufti peuvent être consultés sur un point déterminé de droit ; mais il agissent séparément et non collectivement.

De tout temps, la profession de la futya a été intimement liée à celle de l'enseignement du droit. Le professeur — *mudarris* — est aussi, dans la plupart des cas, mufti. Dans les nombreux cas cités par les chroniqueurs, les professeurs qui se sont distingués dans l'enseignement se sont aussi bien distingués dans la consultation juridique[2]. Les diplômes qui sont délivrés, en fin d'études juridiques, aux aspirants à la profession de mufti visent également la profession de l'enseignement. Ḳalḳašandi ne fait aucune distinction entre les diplômes délivrés pour l'une ou l'autre profession, et il cite des modèles de diplômes de ce genre où le professeur donne « licence pour la futya et pour l'enseignement[3] ». Ibn Ḫaldūn confond entièrement les deux professions. Il résulte de l'ensemble de l'exposé de cet auteur que les mufti sont généralement choisis parmi les professeurs de droit ; que l'aptitude à l'exercice de l'une de ces deux professions implique nécessairement qualification à l'exercice de l'autre[4].

(1) Faraḍi, I, 33, 234, 334 ; Ibn ʿAbbar, *Takmila*, I, 41, 121, 176, 199 ; II, 500.
(2) Cf., par exemple, Ibn Ḫallikān, I, 316, 349 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 182, 183, 186, 192.
(3) Ḳalḳ., XIV, 322 s, (4) Ibn Ḫaldūn. éd. Beyr., 220.

## §. 2. — L'intervention de l'autorité dans la futya

Nous avons déjà constaté que le pouvoir central s'était ingéré, de bonne heure, dans la fonction de la futya. Mais son rôle s'était limité à la désignation de juristes qualifiés, afin de guider le choix des particuliers. Au cours du développement de l'institution, nous allons assister à une ingérence beaucoup plus prononcée dans le fonctionnement du *jus respondendi*. Elle s'exercera suivant deux procédés distincts. D'une part, l'autorité supérieure instituera des postes officiels de futya, auxquels elle désignera des titulaires relevant d'elle ; et ainsi elle transformera, tout au moins, en partie, le caractère de l'institution, en en faisant une charge publique, un des rouages de l'organisation judiciaire. D'autre part, elle s'arrogera un droit de contrôle et de discipline sur les jurisconsultes libres.

I. -- Dans l'énumération des fonctions publiques de caractère religieux, en pays d'Islam, Ibn Ḫaldūn cite, après la prière, et avant la juridiction, la futya. La futya constitue une des six *ḫiṭaṭ* religieuses légales[1]. Il semble donc, suivant la conception de Ibn Ḫaldūn, que le *jus publice respondendi* soit devenu entièrement une fonction publique. Mais cette impression est corrigée dans la suite des développements de l'historien. Il distingue, en effet, entre les jurisconsultes qui tiennent audience dans les mosquées principales des villes et ceux qui tiennent audience dans les mosquées secondaires ; naturellement, il faut assimiler à ces derniers les mufti qui reçoivent, en particulier, chez eux ou en d'autres lieux. Or, c'est seulement la gestion des mosquées principales qui relève directement du pouvoir supérieur ; elles sont soumises, en tout ce qui concerne les manifestations de la vie religieuse ou judiciaire qui s'y déroulent, à l'autorité du calife ou de ses préposés. De même qu'aucun imām ne peut diriger la prière, ou un ḳāḍi administrer la justice dans l'une de ces mosquées, sans l'investiture de l'autorité supérieure, cette autorité se réserve le droit de nommer les jurisconsultes qui doivent y tenir audience. Ḳalḳašandi nous fournit des modèles de diplômes, instituant des mufti dans des mosquées déterminées, au Caire[2]. Aux

(1) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 219. (2) Ḳalḳ., XII, 372.

mufti qu'elle nomme, l'autorité affecte un traitement, au même titre qu'aux autres fonctionnaires de l'Etat[1].

Au cours de la période mamluk, le caractère officiel et public de l'institution s'affirme encore plus nettement, par la création de poste de mufti, attachés à la personne du sultan ou du gouverneur des grandes provinces, et une corrélation étroite s'établit entre la situation des mufti et des kāḍi. Cette nouvelle fonction porte le nom de « *iftā' dār al-'adl*[2] » افتاء دار العدل. Au Caire, les titulaires de cette fonction sont au nombre de quatre, appartenant aux quatre madhab orthodoxes. Ils ont pour attribution de siéger avec les ḳāḍi al-ḳuḍāt et les autres hauts fonctionnaires aux audiences de justice que tient le sultan, aux fins de l'assister de leurs avis. Des postes identiques se retrouvent dans les provinces de Damas, Alep, Tripoli, Ḥama, Safad[3].

II. — Sur les mufti libres et, à plus forte raison, sur les mufti désignés par elle-même, l'autorité supérieure exercera un pouvoir de contrôle et de discipline. Ce pouvoir appartient aussi bien à l'autorité judiciaire qu'à l'autorité exécutive. En pratique, il semble même que le contrôle judiciaire ait été le plus important et le plus efficace. Le ḳāḍi peut aller jusqu'à frapper d'interdiction le « mufti non sérieux », à plus forte raison, le mufti incapable ou de mauvaise moralité[4]. Ibn Ḫaldūn raconte qu'ayant été nommé, vers le milieu du IXe siècle H., ḳāḍi al-ḳuḍāt au Caire, son attention fut immédiatement attirée sur la situation déplorable des mufti de son ressort ; il interdit à la plupart d'entre eux l'exercice de la profession[5].

## §. 3. — Conditions d'aptitude

Les conditions requises par la doctrine quant à l'aptitude à la futya sont les mêmes, aussi bien pour les jurisconsultes libres que pour ceux qui sont nommés et appointés par l'Etat. Comme pour les ma-

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 267. (2) Son titulaire s'appelle *mufti dār al-adl*.
(3) Ḳalk., XI, 207 ; IV, 36. Ils accompagnent le sultan dans ses voyages (Ḳalḳ., IV, 36).
(4) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 220 ; Ibn Nuǧaym, VI, 264 ; Ramli, II, 10. (5) Ibn Haldūn, *Tārīḫ*, VII, 454.

gistrats, ces conditions n'ont pas, toutes, la même valeur pratique, et certaines d'entre elles sont de caractère purement théorique.

a. — *L'islam* — La condition de religion islamique du mufti est aussi bien d'ordre théorique que pratique. Les auteurs ne s'étendent pas beaucoup sur cette condition, tant elle leur semble évidente. Le mufti comme le ḳāḍi, dit Saraḫsi, doit être véridique dans ses actes et ses paroles. Or, le *kufr* ( le fait de n'être pas musulman ) constitue une présomption défavorable à la véracité ; car les Infidèles sont les ennemis de « la vraie religion et ils cherchent par tous les « moyens à l'altérer[1] ». En réalité, cette condition, pour un mufti, d'être musulman a été la conséquence du caractère religieux que la profession de la futya a, de bonne heure, acquise. Ayant pour objet l'interprétation de la loi, devenue de caractère essentiellement religieux, la profession de mufti, comme celle de ḳāḍi, est de nature religieuse. Comme le disent les auteurs, « la consultation est affaire « de religion[2] ». Au même titre que la direction de la prière dans les grandes mosquées, la futya, d'après la doctrine classique rappelée par Ibn Ḫaldūn, est une des six fonctions califiennes religieuses[3]. Dans l'organisation de l'Etat mamluk, la futya figurera, après la justice, comme l'une des fonctions de caractère religieux. Les mufti sont parmi les ارباب الوظائف الدينيـة[4], et ils en porteront le costume. Aussi bien. souvent, les mufti cumuleront naturellement, avec leur profession, la charge de la direction de la prière et de la prédication[5].

Ce caractère religieux explique certaines règles relatives au comportement moral du mufti. Ainsi, il est recommandé, comme pour les fonctions judiciaires. de ne point rechercher soi-même l'exercice de la profession, de s'y laisser appeler par son propre mérite et le besoin où se trouve la cité, d'un jurisconsulte[6]. De même, l'exercice de la futya est en principe gratuit[7]. Il est cependant toléré que le mufti accepte un salaire que les habitants de sa circonscription s'accorderaient à lui attribuer, de même que, nommé par l'Etat, il peut toucher le traitement affecté à sa charge[8].

(1) Saraḫsi, XVI, 109. (2) Ibn ʿAbdīn, IV, 418 ; Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 220. (3) Ibn Ḫaldūn, éd. Beyr., 219. (4) Ḳalḳ., IX, 255. (5) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 384. (6) Ibn Nuǧaym, VI, 266. (7) Mais on admet que le mufti peut accepter des présents ( Ibn Nuǧaym, VI, 267 ). Nous avons vu ( *supra*, 224 ), que l'Etat allouait un traitement aux mufti officiels. Quant aux mufti libres, leur profession était, en fait, rémunérée ; et, pour tel mufti célèbre, elle constituait une source de richesse ( cf. Ibn Baškuwal, 560 ). (8) Uzağandi, III, 398 ; Ibn Nuǧaym, VI, 267.

b. — *La puberté* — Beaucoup d'auteurs négligent de mentionner formellement cette condition, tant elle est évidente, en même temps que nécessairement impliquée dans la condition de la qualité de *muǧtahid* ( V. *infra* ). Certains autres, cependant, la mentionnent[1]. Au-dessus de l'âge de puberté, il n'y a aucun inconvénient à ce qu'un jeune homme, ayant les connaissances juridiques nécessaires, s'adonne à la profession[2]. Ainsi, Ḳalḳašandi obtient son diplôme de mufti à l'âge de vingt et un ans[3].

c. — *La ʿadāla* — Il est intéressant de remarquer que cette condition est interprétée ici plus rigoureusement qu'en matière de juridiction. Alors que la doctrine, constatant l'abaissement du niveau de la moralité publique, admet la validité de la nomination d'un ḳāḍi *fāsiḳ*, elle continue à enseigner généralement que l'homme *fāsiḳ* ne peut pas être reconnu comme mufti[4]. Une opinion contraire est cependant soutenue par quelques auteurs[5]. Mais quelle que soit l'attitude rigoureuse de la doctrine, en fait, le niveau de moralité dans la profession des mufti ne pouvait pas être plus élevé que celui observé dans le corps judiciaire. Les renseignements que nous fournit sur ce point Ibn Ḫaldūn sont particulièrement édifiants[6].

d. — Le mufti doit être un *muǧtahid*, c'est-à-dire, posséder la science juridique et être capable d'arriver par un raisonnement personel à fournir la solution exacte d'une difficulté juridique. Certains ouvrages de droit indiquent les critériums de fait auquels se reconnaît le *muǧtahid*[7]. Mais, sur ce point encore, comme en matière de nomination aux fonctions judiciaires, la théorie allait se heurter aux réalités pratiques et finir par s'en accomoder. La période des véritables muǧtahid, est, disait-on, depuis longtemps révolue ; le niveau de la culture juridique est tombé très bas, et rares sont ceux qui possèdent une culture juridique satisfaisante. Aussi a-t-on admit que le mufti n'ayant pas la qualité de l'iǧtihād pouvait exercer sa profession. L'iǧtihād n'est plus qu'une « condition de préférence

(1) Ibn Nuǧaym, VI. 263. (2) Ibn Nuǧaym, VI, 269. (3) Ḳalḳ., XIV, 422. On encourage même à prendre conseil des jeunes ( Nuwayri, VI, 75 ).
(4) Ibn Nuǧaym, VI, 266 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 418. (5) Uzaǧandi, III, 379 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 418 ; Ibn Nuǧaym, VI, 263. M. Schacht explique cettte différence en ce « l'office du magistrat est indispensable pour la vie de la communauté et doit être maintenu à tout prix, tandis que le mufti est appelé à exposer la loi divine idéale et qu'aucun compromis n'est possible » ( *Orientalia*, 1040, 152 ). (6) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 454. (7) Ḳāḍiḫān, I, 3.

( شرط الأولوية[1] ) », en ce sens qu'entre un mufti muǧtahid et un autre qui ne l'est pas, les intéressés devraient s'adresser au muǧtahid. Il est cependant remarquable que la doctrine n'enseigne pas formellement, comme elle le fait pour le ḳāḍi, que l'individu même ignorant ( جاهل ) peut exercer la profession de la futya. La raison de cette particularité réside, sans doute, en ce qu'il est reconnu que le ḳāḍi ignorant peut avoir recours précisément aux avis d'un mufti, tandis que celui-ci doit recourir à ses connaissances personnelles pour pouvoir donner un avis utile. Il suit de là que le mufti doit tout au moins être capable de rechercher dans les écrits des juristes renommés la solution de la difficulté juridique qui lui est soumise[2]. C'est pourquoi, on dit que la consultation que donnent les mufti n'est plus à proprement parler une futya, mais un simple « rapport d'opinion[3] », celle des anciens muǧtahid. Mais il ne faut peut-être pas se laisser leurrer même par ce tempérament apporté à la condition de l'iǧtihād, car, alors que tous les auteurs reconnaissent qu'il n'est plus possible de trouver des candidats particulièrement qualifiés, pour les fonctions judiciaires ; que, suivant l'un d'eux, l'exigence de « la for« mation juridique et de la ʿadāla rendrait impossible le recrutement de la magistrature[4] », il serait difficile de ne pas reconnaître que cette formation juridique faisait défaut également chez les aspirants à la profession de la futya.

Les conditions que nous venons d'énumérer sont les seules qui soient imposées par la doctrine, en matière de consultation. A la différence de la juridiction, il n'est pas nécessaire que le mufti soit de sexe masculin, faculté, d'ailleurs, purement théorique, car on ne rencontre, semble-t-il, pas d'exemple d'une femme ayant exercé la profession de mufti.

De même la cécité et le mutisme ne constituent pas des empêchements à l'exercice de la futya.

D'autre part, un esclave peut être mufti. En effet, dit Māwardi, le statut de liberté est nécessaire pour la personne appelée à exer-

(1) Dāmād, II, 154. (2) C'est la formule que finit par adopter la doctrine المراد بالاهلية هنا ان يكون عارفاً مميزاً بين الاقاويل له قدرة على ترجيح بعضها على بعض ولا يصير الرجل اهلاً للفتوى ما لم يصر صوابه اكثر من خطئه . (3) Ibn Nuǧaym, VI, 265 ان ما يكون في زماننا من فتوى الموجدين ليس بفتوى بـــل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي .
(4) Dāmād, II, 155.

cer une fonction publique, ce qui n'est pas le cas pour la profession libre de la futya[1]. On doit en inférer que s'il s'agit d'un poste officiel de mufti, la condition de liberté deviendrait de rigueur.

Une question qui se rattache au statut juridique du mufti est celle de savoir si les magistrats sont autorisés à délivrer des consultations[2]. Suivant une première opinion, il y a incompatibilité entre la fonction judiciaire et l'exercice de la futya. On invoque dans ce sens une tradition suivant laquelle le ḳāḍi Šurayḥ refusait de répondre aux demandes de consultation dont il était l'objet en excipant précisément de sa qualité de magistrat[3]. Une exception cependant est admise : le ḳāḍi peut toujours donner des consultations en matière religieuse. Mais la doctrine généralement admise enseigne qu'il n'existe pas une incomptabilité de principe entre la magistrature et la futya aussi bien en matière profane qu'en matière religieuse. On admet même, dans cette opinion, que le ḳāḍi peut répondre à des demandes de consultation, alors qu'il tient audience de justice. On prétend que, dans les premiers siècles de l'Islam, le ḳāḍi était en même temps mufti[4]. La seule restriction indiscutée consiste en ce qu'il est interdit au juge de délivrer des consultations aux plaideurs qui l'ont déjà saisi de leur litige[5].

## §. 4. — Règles d'exercice de la futya[6]

Le mufti doit observer un stricte égalité à l'égard des personnes qui viennent le consulter. Que ce soit de simples particuliers, de

(1) Māwardi, 62. (2) Saraḫsi, XVI, 85 s. ; Uzağandi, III, 398. (3) Ibn Sa'd, VI, 95. (4) Saraḫsi, XVI, 109. (5) Cette doctrine est conforme à la pratique. Ainsi, vers la fin du XVIIIe siècle de l'ère chrétienne, Aḥmad Barbir était ḳāḍi et mufti de la ville de Beyrouth, et dans la deuxième moitié du XIXe siècle, Musṭafa Gurr était ḳāḍi et mufti de cette même ville ( Cf. Malouf, Revue *Al-Machriq*, 1933, 57 ). Toutefois, d'après la doctrine malékite, il est interdit en toute hypothèse au ḳāḍi de consulter, pour le motif que l'espèce sur laquelle on le consulte peut dans l'avenir faire l'objet d'un procès et lui être soumise, en sa qualité de juge. Une seule exception est tolérée, lorsque le requérant est domicilié en dehors du ressort du ḳāḍi ( Dasūḳi, IV, 158 ). (6) Sur ces règles, cf. notamm. Uzağandi, III, 379 s. ; Ibn Nuğaym, VI, 268 s.

puissants personnages ou de gens de l'entourage du souverain, le mufti doit procéder à l'étude des questions qui lui sont soumises suivant un ordre strict, établi d'après leur date de présentation. Si les demandes ont été présentées simultanément, il y aura lieu à un tirage au sort. Toutefois, les femmes doivent passer avant les hommes et ceux qui viennent de loin avant les habitants de la ville même, sauf cas d'urgence.

En principe, la question et la réponse peuvent être formulées aussi bien oralement que par écrit. Mais la pratique a fait prévaloir l'usage de l'écriture, et toutes les règles indiquées par la doctrine supposent des questions et des réponses faites par écrit. L'acte contenant la question porte le nom de *ruḳ'a* (رقعة). La *ruḳ'a* peut être présentée soit directement de la main à la main, au mufti, soit remise à l'un de ses disciples ou employés. Certains mufti, dit-on, évitaient de prendre directement la *ruḳ'a* des femmes et des adolescents. Il est cependant recommandé au mufti de recevoir en personne les *ruḳ'a* des consultants.

Le mufti n'est pas obligé de donner immédiatement sa réponse. Il doit plutôt prendre le temps de la réflexion. S'il n'arrive pas lui-même à trouver la solution recherchée, on lui recommande de solliciter l'avis de ses confrères ou d'autres hommes de loi. En cas d'obscurité dans le libellé de la question, il peut interpeller l'intéressé.

La réponse du mufti doit commencer par la formule liminaire religieuse courante, la *basmala*, suivie d'une formule d'action de grâces. S'il s'agit d'une fatwa demandée par le Prince, le mufti ajoutera à la basmala une prière attirant les grâces du ciel sur le consultant. La réponse fait suite. Aucun blanc ne doit être laissé entre les mots, ni d'un côté ou l'autre de la feuille. Les passages erronés peuvent être raturés. L'avis ne comporte pas, en principe, de motivation, sans que cela, cependant, soit interdit. Mais le mufti ne doit pas formuler la réponse à la question posé comme étant son avis personnel, la consultation devant avoir un caractère absolument objectif. Elle ne doit, par ailleurs, comporter aucune digression, aucune réponse à une question non posée. La fatwa est terminée par la formule con-

sacrée والله اعلم ou une autre expression analogue. S'il s'agit d'une consultation en matière de dogme, on pourrait employer la formule والله الموفّق. Enfin, la fatwa est confirmée par la signature du mufti[1].

---

## Section IV. — Le consilium du magistrat en Espagne

C'est dans l'Espagne musulmane et dans le Maġreb que l'institution du *consilium* du ḳāḍi a pris sa plus grande extension et apparaît comme un des rouages nécessaires du système judiciaire. Doit-on y voir une influence du système collégial répandu en Occident ? Quoi qu'il en soit, la doctrine malékite, suivie dans le Maġreb et en Espagne, aussi bien que la pratique, — la pratique encore plus que la doctrine —, ont fait de la nécessité pour le juge de se faire assister par des hommes de loi, dans l'exercice de sa fonction, une des règles fondamentales de l'organisation judiciaire. Alors que, comme on l'a déjà vu, suivant les conceptions de l'Ecole šafiite et de l'Ecole ḥanafite, l'appel à l'assistance du *consilium* apparaît plutôt comme une simple faculté pour le juge, l'Ecole malékite, en fait une obligation stricte.

L'institution du *consilium* porte en Espagne un nom consacré par l'usage ; c'est la *šūra* (الشورى); l'homme de loi qui exerce la *šūra* s'appelle *mušāwar* (مشاوَر) termes qui peuvent être exactement traduits par : conseil et conseiller[2].

(1) Cf. Faḫri, *Hist.*, 25. (2) Dozy (Supp. V° شورى) définit la *šūra* « tribunal pour écouter les plaintes ». Ce qui ne nous paraît pas exact. La šūra n'a pas constitué en soi une juridiction. L'erreur procède d'une interprétation inexacte d'un texte de Ibn Baṭūta, d'où il résulte simplement que le souverain (du pays décrit par Ibn Baṭūta) confiait le jugement de certaines plaintes dont il était saisi, à des membres de son conseil, ministres et émirs, (3) Ḫušāni, 19.

## §. Ier — Le caractère obligatoire de la sura

Dans un acte de nomination que rapporte Ḫušāni, une des recommandations que fait l'émir au nouveau magistrat est de prendre conseil d'hommes versés dans la science du droit, pour le jugement des affaires[1]. Nous trouvons dans le même auteur un passage qui ne laisse aucun doute sur le caractère de l'institution. Ḫušāni raconte que Ibn Ma'mar, kāḍi de Cordoue, au temps de 'Abd Al-Raḥmān ( 206/821 - 238/852 ), ayant refusé la collaboration des *mušāwar* Yaḥya ibn Yaḥya et Sa'īd ibn Ḥasan, toute activité judiciaire fut arrêtée jusqu'au retour de l'émir, qui dut pouvoir à leur remplacement[2]. Dans le traité pratique de Ibn 'Abdūn, ouvrage de la fin du XIe siècle de l'ère chrétienne, il est spécifié formellement que le magistrat ne peut tenir audience qu'assisté de deux hommes de loi, de qui il doit prendre conseil dans le jugement des affaires[3].

Il ressort de ces textes que la juridiction du ḳāḍi ne pouvait se constituer valablement que par l'adjonction au magistrat, chargé seul du jugement, d'un *consilium* de juristes. Sans doute, nous trouvons dans Ḫušāni un texte contraire, d'après lequel un des ḳāḍi de l'époque 'Abd Al-Raḥmān, Muḫammad Al-Ma'āfiri, tenait audience, seul[4]. Mais c'est là un cas isolé, que contredisent tous les autres documents aussi bien contemporains que postérieurs à l'époque dudit magistrat. Au demeurant, les chroniques du milieu du IIe siècle H., rapportent le nom de mušāwar.

Il ne semble pas qu'au cours du IIe et IIIe siècles H., tout au moins, il y eut des règles fixes au sujet du nombre des juristes qui devaient assister le magistrat. Un seul mušāwar pouvait suffire. Ainsi après le ronvoi par le ḳāḍi Ibn Ma'mar des deux mušāwar de son prédécesseur, un seul mušāwar fut désigné pour les remplacer ; et le chroniqueur dit qu'il « fut le seul à être consulté[5] ». De même en ce qui concerne le nommé 'Abdallah ibn Lubāba ( 225/839 - 314/926 ), Faraḍi rapporte qu'après avoir exercé la fonction de la šūra avec trois autres de ses collègues, il resta l'unique conseiller du ḳāḍi de sa ville[6].

(1) Ḫušāni, 19. (2) Ḫušāni, 88. (3) *Journ. Asiat.*, 1934, 199.
(4) Ḫušāni, 55. (5) Ḫušāni, 87. (6) Faraḍi, I, 334.

Dès la fin du IIIe siècle H., les textes ne mentionnent plus de mušāwar uniques. Le nombre des conseillers peut s'élever jusqu'à trois ou quatre[1]. Mais il y a une tendance à sa limitation à deux[2]. Le texte précité de Ibn 'Abdūn, confirmé par un ensemble d'autres documents, montre clairement qu'une règle a fini par s'établir en cette matière, fixant à deux le nombre des mušāwar du ḳāḍi. Mais il faut bien retenir que ce nombre était seulement celui des conseillers qui devaient collaborer avec le ḳāḍi au jugement des litiges ; dans un même ressort, il pouvait y avoir un plus grand nombre d'hommes de loi, ayant vocation à être appelés à assister le magistrat dans sa fonction. Cependant, au temps de Ibn 'Abdūn, ce nombre ne pouvait pas être supérieur à quatre.

## §. 2. — Condition juridique du musawar

Quelle est la nature juridique de la fonction du mušāwar ? Est-elle une profession libre, dont les membres sont appelés occasionellement à donner des consultations au magistrat de carrière, ou bien, constitue-t-elle une fonction publique ? Il ne semble pas qu'on puisse se prononcer d'une façon absolue dans l'une ou l'autre solution. Il est certain, d'une part, que la šūra n'était pas à proprement parler une profession libre, et les textes sont nombreux où elle apparaît avec des caractéristiques très nettes de fonction publique. Mais, d'autre part, il n'est pas possible de l'assimiler entièrement à une fonction publique pour les motifs que nous exposerons par la suite.

Dès les origines de l'institution, les documents que nous avons pu consulter indiquent que tout juriste ne pouvait pas être appelé librement à donner des consultations aux magistats. Une désignation par l'autorité supérieure était nécessaire. Il y avait là une investiture proprement dite, accordée par l'autorité supérieure. Ainsi, comme on l'a vu déjà, c'est 'Abd Al-Raḥmān qui nomme le mušāwar du ḳāḍi Ibn Ma'mar[3]. C'est Al-Ḥakam (180/796-206/821) qui nomme à la šūra Ibn Al-Mukwa[4]. Lorsque vers le milieu du IIIe siècle H., une rivalité se produit entre les mušāwar du ḳāḍi de Cordoue, l'un d'eux adresse

(2) Faraḍi, I, 234 ; 334.
(3) V. *supra*, 231, n. 1.
(2) Ḫušāni, 176 ; Ibn Baškuwāl, 372.
(4) Ibn Baškuwāl, 24.

une lettre au calife, dans laquelle il accuse un de ses collègues d'exercer la šūra sans la permission du souverain[1]. Plus tard, les nominations prennent encore un caractère plus net d'investiture officielle. L'acte par lequel un juriste est désigné à la šūra est un *taḳlīd*, terme propre aux nominations aux fonctions publiques[2]. Cet acte est conçu dans la forme des diplômes officiels d'investiture. Ibn Abbār rapporte un modèle du genre, daté du 9 du al-ḥiǧǧa 539/1144[3]. Aussi bien la forme de ce document que les termes qui y sont employés ne laissent subsister aucun doute sur la nature de fonction publique de la šūra. La terminologie technique dont se servent les auteurs, est encore très révélatrice. La šūra est une *ḫiṭṭa* ( خطة ) ou une *wilāya* ( ولاية ) termes qui sont réservés spécialement pour désigner les fonctions publiques[4]. La désignation d'un candidat à un poste de šūra est essentiellement une nomination à une fonction publique, une investiture d'une parcelle de l'autorité publique. C'est pourquoi, on ne parle que de تولية الشورى ou تقديم للشورى ou تقليد الشورى . Et, en revanche, le terme qui sert à désigner le renvoi d'un mušāwar de son poste est celui-là même qui signifie la révocation d'un poste officiel de l'Etat : صرف من الشورى[5].

Si les nominations à la fonction de la šūra émanaient en principe du souverain, dans beaucoup de cas elle se faisaient sur la présentation du ḳāḍi, qui désirait rattacher à sa juridiction un candidat[6]. L'autorité des ḳāḍi en cette matière s'étend de plus en plus, favorisée par la décadence du pouvoir central. C'est la période où l'on voit même des ḳāḍi devenir gouverneurs indépendants de provinces, de véritables roitelets. Mais c'est indépendamment de cette dernière qualité que les ḳāḍi commencent à nommer de leur propre autorité des titulaires de la šūra ; ainsi le ḳāḍi Abū Al-Muṭraf nomme de mušāwar, en 395/1004 et en 414/1023 ; le ḳāḍi de Murcie procède à une autre nomination en 539/1144[7].

En tout cas, les ḳādi semblent avoir toujours disposé d'une grande liberté dans le choix de leurs conseillers, en ce sens que,

(1) Faraḍi, I, 234. (2) Ibn Baškuwāl, 600. (3) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 178. (4) Yāḳūt, VII, 135 ; Ṣadafi, 176, 292 ; Bel et Cheneb, 236, 269 ; Ibn Baškuwāl, 88 ; Ibn Abbār, *Takmila*, I, 199, 205, 228. (5) Ṣadafi, 179. (6) Ibn Baškuwāl, 88, 317, 600, 598. (7) Pour ces nominations et d'autres du même genre, Ibn Abbār, *Takmila*, I, 228 ; Ibn Baškuwāl, 310, 426, 427, 487.

parmi les divers mušāwar attachés à leur juridiction, ils pouvaient appeler celui ou ceux qui leur agréaient, se dispenser de la collaboration de mušāwar déjà en fonction. Les textes sont nombreux où l'on trouve que des ḳāḍi nouvellement nommés ne font plus appel aux avis de mušāwar de leur prédécesseur[1].

Le pouvoir du magistrat à l'égard de ses mušāwar comporte aussi un droit de discipline. Comme le dit Ibn ʿAbdūn, le ḳāḍi contrôle la conduite des gens de la šūra, les obligeant à l'accomplissement strict de leurs obligations, et, le cas échéant, les révoque[2].

Cependant il reste un aspect particulier de l'institution de la šūra, qui la distingue des fonctions publiques proprement dites : elle était confondue intimement avec la futya ou consultation libre. Le mušāwar attaché par une nomination régulière à une juridiction conservait le droit d'exercer la profession libre de la futya. Dans beaucoup de textes les deux termes sont confondus, et souvent ils sont employés l'un pour l'autre ; de même qu'est rapportée la biographie de nombreux mušāwar qui se sont également distingués dans la futya libre[3].

Une autre profession connexe que les *mufti-mušāwar* exerçaient concurrement avec leurs fonctions était la rédaction des actes juridiques ou notariat. Leur science juridique les qualifiait particulièrement pour cette profession et un grand nombre d'entre les mufti-mušāwar s'y sont distingués[4].

A surplus, il ne semble pas que l'exercice de la consultation, même auprès des ḳāḍi, était incompatible avec toute sorte d'activité profane, étrangère à la nature de la profession, C'est pourquoi, nous voyons parmi les mufti des personnes qui exerçaient le commerce[5].

Aucune hiérarchie n'existe dans la šūra. Cependant par l'effet de la compétition qui s'établit nécessairement entre les membres d'une

(1) Faraḍi, I. 275 ; Ṣadafi, 179 ; Ḫušāni, 176. Sous réserve de l'autorité du souverain, qui peut imposer des mušāwar au ḳāḍi ( Faraḍi, I, 234 ). (2) Ibn ʿAbdūn, *ibid.*
(3) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 102, 176, 245, 252, 278 ; II, 51. 500 ; Faraḍi, I, 33, 95, 217, 234. 334 ; Bel et Cheneb, 236, 269 ; Ibn Baškuwāl, 31, 82, 142, 261, 487 ; Ḫušāni, 87.
(4) Faraḍi, I, 11, 72, 89, 176 ; Ibn Abbār, *Takmila*, I, 60 ; Ibn Baškuwāl, 261, 507, 370 ; Ṣadafi, 292. Les mufti-mušāwar se consacrent aussi à l'enseignement ou sont préposés à la direction de la prière : Ibn Abbār, *Takmila*, I, 51, 384. (5) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 503.

même profession, un certain nombre se distinguent par leur valeur personnelle. On leur reconnaît alors en fait une certaine préséance, certains titres honorifiques. Ainsi, tel juriste devient le « premier parmi les mušāwar » de sa ville, ou « le chef de la šūra », ou « le *šayḫ* des gens de la šūra[1] ».

Collaborateur du ḳāḍi par les avis qu'il lui donne sur les difficultés juridiques que soulèvent les litiges, le mušāwar est souvent appelé, à deux autres titres encore, à assister le magistrat. Beaucoup de mušāwar cumulaient, en effet, avec leur fonction principale, celle de greffier du tribunal auquel ils étaient attachés[2]. Et il ne paraît pas que cette nouvelle fonction diminuât en quoi que ce soit le prestige de mušāwar ; elle était, au contraire, une marque de plus grande confiance. Par ailleurs, lorsqu'un ḳāḍi a besoin de se faire substituer par un vicaire, il fait tout naturellement appel à son collaborateur immédiat, le mušāwar[3].

De la même idée de collaboration intime à l'exercice de la justice combinée avec celle de la connaissance du droit découle une autre conséquence. La šūra devient la voie normale qui mène à la magistrature et aux autres fonctions judiciaires connexes. Beaucoup de mušāwar, qui se sont distingués dans leur profession, voient leur mérite récompensé par leur nomination comme ḳāḍi, soit au siège même auquel ils étaient attachés, soit à celui d'un autre ressort[4], ou par leur nomination à l'administration des successions ( vacantes ) ( خطة المواريث ), à la juridiction du *radd* ou de la *ḥisba* ( الرد — الحسبة ) ou à la juridiction criminelle ( خطة الشرطة )[5], fonctions dont il sera traité plus loin.

Au point de vue du fonctionnement pratique de la šūra, nous avons déjà vu que, dans le système judiciaire de l'Occident musulman, les membres du *consilium* du magistrat siègent obligatoirement avec lui à son audience. Mais la décision émane du ḳāḍi seul, et

(1) رياسة الشورى . — شيخ اهل الشورى . — مقدّم المشاورين (2) Ibn Baškuwāl, 372, 363 : Bel et Cheneb, 269. (3) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 252 ; Bel et Cheneb, 269. (4) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 5, 384 ; Bel et Cheneb, 83, 269 ; Ibn Baškuwāl. 370 ; Ṣadafi, 176, 292. (5) Ibn Baškuwāl, 261, 600 ; Bel et Cheneb, 83 ; Faraḍi, 61, 77. Certains mušāwar, ayant acquis une situation personnelle considérable, refusent des postes dans la magistrature ( Ibn Baškuwāl, 24 ). Par ailleurs, des kāḍi sortis de la magistrature s'installent comme mušāwar ( Ibn Baškuwāl, 487 ).

l'avis de ses mušāwar est simplement consultatif. Cet avis porte en principe uniquement sur les points de droit soulevés dans les litiges.

L'avis du mušāwar devait-il être donné verbalement ou par écrit ? A cette question nous trouvons une réponse très nette dans un texte de Ḫušāni[1]. Il ressort de ce texte que jusqu'à l'année 291/903, les mušāwar formulaient leurs avis verbalement, mais qu'à cette date le grand juge de Cordoue « refusa de recueillir un avis autre-« ment que s'il lui était présenté, rédigé de la main même de celui « qui le donnait... Il n'admit même pas que cet avis fût rédigé par le « greffier du tribunal... Il fut le premier ḳāḍi, à obliger les mušāwar à consigner par écrit leurs consultations ». Il rassembla ensuite toutes ces consultations et en fit un recueil à l'usage du public[2].

En tout cas, la délibération du ḳāḍi avec ses conseillers doit avoir lieu à l'endroit même où le ḳāḍi tient son audience ou à la mosquée. Dans le but de prévenir des abus et afin que la délibération se déroule dans la dignité convenable, il est interdit au magistrat de recevoir ses mušāwar à son domicile particulier[3].

---

## Section V — La sahada

### §. Ier — Notions générales

La *šahāda* ou témoignage ( *šāhid* : témoin ; pl. : *šuhūd* ) est une des institutions les plus importantes non seulement du système des preuves, mais aussi de l'organisaiion judiciaire, en droit musulman. Mais c'est en matière de preuve des actes juridiques, en général, qu'il nous faut rechercher les origines de cette institution, pour mieux comprendre d'une part le développement qu'elle a pris en cette matière ainsi que les autres institutions auxquelles elle a donné nais-

(1) Ḫušāni, 176.
(2) Cf. Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 127.
(3) Ibn ʿAbdūn, *ibid.*

sance. d'autre part, l'évolution originale qu'elle a suivie à partir du moment où elle fut intégrée dans l'organisation judiciaire.

En droit musulman, le témoignage est la preuve par excellence. La *bayyna* (البيّنة = la preuve), c'est dans le langage juridique courant, sans indication complémentaire, la preuve par témoins. L'écrit a toujours été considéré avec défaveur par la doctrine juridique. Il n'a jamais été considéré en principe comme pouvant constituer un moyen de preuve suffisant par lui-même. Les juristes n'en traitent généralement que d'une façon accessoire. « L'écrit en soit, dit un au- « teur, n'a aucune valeur, les preuves légales étant exclusivement au « nombre de trois : la preuve (testimoniale), l'aveu, le refus de pres- « tation de serment[1] ». La raison de cette défaveur réside en ce que, disent les juristes, « l'écrit peut faire l'objet d'un faux[2] » ; que, « le « cachet et l'écrit peuvent donner lieu à des falsifications[3] ». Même lorsque l'écriture sera largement employée dans les transactions juridiques, même lorsque des greffes réguliers, avec tout ce qu'il comportent de pièces et archives, seront constitués auprès des tribunaux, la preuve du contenu des documents privés et publics résultera, non point de l'écrit, en soi, mais des témoignages qui y figureront. C'est pourquoi, tous les actes sous seings privés ou authentiques seront toujours certifiés par deux témoins, au moins. Les expéditions des jugements porteront en tête une formule courante : « Ceci est ce qui a été certifié par le témoignage des témoins » هذا ما اشهد على نفسه[4]; ou bien, s'adressant aux témoins, le juge dit : « Je vous prends à té- « moins de mon jugement[5] ». La propre écriture, le cachet, la signature d'un juge sur un acte ne lui confèrent aucune valeur probante s'ils ne sont certifiés par des témoins[6]. On peut dire en somme que *l'usage de l'écriture ne s'est développé que sous le couvert du témoignage*. Ce moyen de preuve a fini par perdre sa nature propre, qui est la relation orale d'un fait que l'on a vu ou entendu, pour devenir une simple certification écrite du contenu d'un écrit. L'histoire serait intéressante à décrire de cette déformation du témoignage et de l'essor que prit la preuve par écrit, sous le masque de la preuve testimoniale, détournée de sa fonction naturelle[7].

(1) Ramli, II, 12 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 434. (2) Ibn ʿAbdīn, IV, 428.
(3) Šāfiʿi, VI, 216. (4) Nuwayri, IX, 147. (5) Ibn Farḥūn, I, 94.
(6) Ibn Farḥūn, II, 37 s. (7) Sur l'ensemble de la question, cf. notre exposé sommaire « *Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman* » 2e éd. (Annales de la Faculté de droit de Beyrouth, 1959).

Dans les premiers siècles H. de l'histoire du droit musulman, le magistrat paraît avoir joui d'une très grande liberté d'appréciation en matière de preuve par témoins. Les documents sur ce point sont abondants.

Un grand nombre d'anecdotes nous montrent ainsi des magistrats refusant d'entendre des témoins pour des motifs purement discrétionnaires : mauvaise impression que fait le témoin cité, sur le juge, — caractère indécis du témoin, — le fait qu'il se fait payer un salaire pour l'enseignement du Coran, — son manque de respect pour le Coran, — le fait qu'il se dérobe à l'accomplissement de ses devoirs conjugaux[1]. Un magistrat rejetait, d'une façon générale, le témoignage d'individus d'une région contre les individus originaires d'une autre région[2], ou le témoignage d'individus de mauvaise réputation[3].

Ce pouvoir discrétionnaire du ḳāḍi semble avoir trouvé sa formule dans une sentence attribuée au ḳāḍi Iyās. Ce magistrat ayant rejeté la déposition d'un témoin, quelqu'un lui demanda la raison de cette décision. Iyās lui répondit ; « Dieu a dit ; vous admettrez les « témoins qui vous agréeront. Or cet homme ne m'agrée pas[4] ».

Il est évident que ce régime de preuve présentait de très grands inconvénients. D'après Kindi, ce fut un ḳāḍi d'Egypte, Ǧawṯ ibn Sulaymān, du milieu du IIe siècle H. ( 140/757 - 144/761 ), qui institua un moyen de procédure destiné à renseigner le juge sur la moralité des témoins appelés à déposer en justice, système d'enquête qui fut connu sous le nom de *tazkiya* تزكية[5]. Le juge admettait ou rejetait un

(1) Ibn Ḳutayba, 63 ; *Wulāt*, 508 ; *Wulāt*, 345. (2) *Wulāt*, 344. (3) *Wulāt*, 361. (4) Mubarrad, 255. — Une grande incertitude comme un grand arbitraire régnaient quant aux effets du témoignage. Le même pouvoir discrétionnaire s'exerçait relativement au nombre des témoins requis dans les procès. Lorsque deux plaideurs présentaient concurremment des témoins à l'appui de leurs prétentions contradictoires, un ḳāḍi d'Egypte, de la fin du Ier siècle H., Ibn Ḥuǧayra, partageait la chose litigieuse, également, entre les parties, si le nombre des témoins était égal des deux côtés ; mais si le nombre des témoins de l'un des plaideurs était supérieur à ceux de son adversaire, la chose lui était adjugée ( *Wulāt*, 308 ). Beaucoup des magistrats se contentaient d'un témoin unique, en le faisant renforcer parfois par le serment supplétoire du demandeur, d'autres magistrats exigeaient un minimum de deux témoins ( *Wulāt*, 344 s. ) (5) *Wulāt*, 361. D'après une tradition apocryphe, rapportée par Ibn Sa'd ( VI, 91 ) ce serait le fameux Šurayḥ qui aurait lui-même inventé ce procédé. Cf. les doutes entourant la personnalité de Šurayḥ et l'activité qui lui est attribuée, *supra*, 75 ss.

témoignage suivant le résultat favorable ou défavorable de l'enquête à laquelle il aurait procédé. La *tazkiya*, qui devait jouer un rôle considérable dans le droit procédural musulman et prendre figure d'une véritable institution juridique, ne devait cependant pas, par sa seule vertu, faire éviter tous les inconvénients du système primitif. Elle devait même faire ressortir le danger de ce système. La preuve des actes juridiques quelconques étant constituée par des témoignages et ces témoignage étant toujours soumis à une récusation possible, le sort des transactions juridiques restait des plus précaires. Il suffisait qu'une contestation s'élevât entre les parties contractantes et que le juge, à tort ou à raison, récusât les témoignages dont on s'était prémuni, pour que les effets de l'acte fussent réduits à néant. Il était donc nécessaire de trouver un moyen destiné à écarter à l'avance le danger d'une contestation des témoignages qui auraient servi d'élément de preuves des actes juridiques. C'est de ce besoin qu'est née l'institution de la šahāda *stricto senso*.

Cette institution consiste dans une règle de procédure suivant laquelle le juge, après vérification de la moralité d'un individu, le reconnaît d'ores et déjà comme témoin véridique, dont les dépositions ne seraient pas, en principe, récusables. Les personnes ainsi admises devenaient des témoins fixes, qui porteront le nom de *šuhūd 'udūl* (témoins véridiques) ou, par abréviation, *šuhūd* ou *'udūl*, seulement[1]. L'acte par lequel le juge désignait un *šāhid 'adl* était appelé الرسم بالشهادة. Naturellement, la désignation de *šuhūd 'udūl* n'enlevait pas aux intéressés la possibilité d'invoquer le témoignage d'autres personnes; mais ces témoignages restaient soumis au risque d'une récusation, conformément au droit commun.

C'est en l'année 174/790 que, toujours d'après Kindi, cette nouvelle institution fut inauguré en Egypte par le ḳāḍi Ibn Fuḍāla. « Il « désigna dix personnes à titre de *šuhūd* ». Cette innovation suscita

(1) L'appellation de *šuhūd* devint très courante en Orient alors que celle de *'udūl* (sing. : *'adl*) était généralement employée au Maġreb et en Espagne. Mais ces usages n'étaient pas exclusifs, contrairement à ce que semble croire M. Heffening, à la suite d'autres auteurs (*E. I.*, V° *Shahid*). Dans beaucoup de textes rélatifs à l'exercice de la profession en Orient, les šuhūd sont également appelés 'udūl (cf. Ibn Ḳutayba, éd. Brockelman, 46; Isbahāni, I, 129; Nuwayri, IX, 147, 155; Ḳāḍiḫān, III, 633); la profession est aussi appelée *'adāla* : Nuwayri, IX, 145; Ḳalḳ,, XIV, 349. Par contre, les 'udūl sont aussi appelés šuhūd, au Maġreb et en Espagne (Faraḍi, I, 75; Ibn Abbār, *Takmila*, I, 28; Daṣūḳi, IV, 157; Ibn Farḥūn, II, 123).

un vif mécontentement dans le peuple et attira au magistrat de vives critiques. On ne comprit point qu'un nombre limité de personnes eussent le privilège d'être reconnues, seules, comme témoins dignes de foi[1]. Une émeute même se produisit en 177/793, lorsque le ḳāḍi Ibn Masrūḳ désigna les *šuhūd*[2].

Le même procédé qui avait servi à Gawṯ ibn Sulaymān fut employé par Ibn Fuḍāla pour la vérification ds la moralité des šuhūd fixes, c'est-à-dire, l'enquête de la tazkiya. Mais la procédure de cette enquête fut perfectionnée et ses effets élargis puisqu'elle devait aboutir dorénavant non seulement à éclairer le juge dans un cas d'espèce, au sujet d'un témoin déterminé, lequel restait un simple particulier, comme dans le régime antérieur, mais aussi à investir le témoin d'une qualité officielle, le proposant pour l'avenir à la confiance de tous les intéressés[3]. Le ḳāḍi Ibn Fuḍāla désigna un fonctionnaire

(1) *Wulāt*, 386. رسم اقواماً بالشهادة فكانوا عشرة فرأى الناس انه قد اتى امراً عظيماً فقال اسحق ابن معاذ للفضل :

سأدعو الهـــي حتى الصباح لكيما يعيـــدك كلباً هزيلا
سننت لنا الجور في حكمنا وصيرت قوماً لصوصاً عدولا
ولم يسمع الناس فـــيما مضى بان العدول عديـــدا قليلا

(2) *Wulāt*, 389. (3) La procédure de la tazkiya jouera un rôle très important dans les litiges où des témoins ordinaires seront entendus. C'est par elle que sera vérifiée la moralité des témoins qui n'ont pas déjà été institués comme témoins fixes. Cette procédure comportera une phase secrète et une phase publique ( التزكية السرية والتزكية العلنية ). Dans la phase secrète, le juge ou son préposé, le *muzakki*, fait une enquête discrète sur la moralité du témoin. On prit l'habitude à cette fin d'adresser à certaines personnes qualifiées et dignes de foi une question écrite appelée *mastūra*. Dès le Ve siècle H., au témoignage de Saraḫsi, confirmé pour l'époque postérieure par d'autres auteurs, un fonctionnaire spécial fut établi portant le nom de muzakki qui avait pour mission de faire cette enquête sur la moralité des témoins ordinaires qui sont cités pour déposer à l'occasion d'un procès. Mais il ne faut pas confondre ce personnage avec les muzakki des šuhūd, qui sont destinés à assister le ḳāḍi, à son audience et des šuhūd fixes, en général. ( Saraḫsi, XII, 91 cf. Kāsāni VII, 11 ; Ibn Farḥūn, I, 206 ; Ḫaraši IV, 157, VII, 174 ). Si la réponse à la mastūra ou le résultat de l'enquête du muzakki était favorable, on procédait à la tazkiya publique, devant le juge, en présence des deux parties au procès et des personnes qui avaient témoigné, dans la mastūra, de la bonne moralité du témoin, ce qui pouvait donner lieu à de nouveaux débats et à une récusation possible du témoin. Ce n'est qu'après cette double épreuve que la déposition des témoins était prise en considération par le juge. Au Ve et VIe siècle H., la pratique négligeait la partie publique et les juges se contentaient de la tazkiya secrète ( Saraḫsi, XVI, 91, Marġināni III, 95 ). Les auteurs affirment qu'à l'époque antérieure on procédait aux deux enquêtes, publique et secrète. Quoi qu'il en soit, dans le dernier état du droit musulman, ces deux enquêtes devinrent obligatoires ( cf. art. 1715 ss. *Maǧalla* ).

chargé de faire l'enquête de la tazkiya appelée aussi *ta'dīl*. Ce fonctionnaire fut appelé *ṣāḥib al-masā'il* (صاحب المسائل)[1]; il porta aussi, par la suite, le nom de *muzakki* (مزكّي). Durant la magistrature de Ibn Fuḍāla, le ṣāḥib al-masā'il était le propre greffier du ḳāḍi. Quelques années après, le ṣāḥib al-masā'il devint un fonctionnaire distinct, préposé uniquement à la procédure du ta'dīl[2]. Un juge pouvait aussi avoir deux ou plusieurs ṣāḥib al-masā'il. Ibn Al-Munkadir (212/827 - 214/829) eut deux fonctionnaires de cette catégorie[2]; — 'Umari (185/801 - 194/809) et Ibn Lahī'a (196/811 - 198/813) en eurent chacun trois[3]. L'exercice de la fonction était souvent, pour le ṣāḥib al-masā'il, une source de revenus illicites. Il ne présentait au ḳāḍi, comme témoins honorables, que les candidats qui s'assuraient sa faveur par le paiement d'une bonne somme d'argent[4]. La qualité de šāhid 'adl devant être aussi, pour la personne qui arrivait à l'obtenir, une source de revenus, les candidats ne lésinaient pas sur les pots-de-vin. Ainsi, au rapport de Kindi, Ibn Badr, — qui devait par la suite devenir ḳāḍi d'Egypte — versa au juge Ibn Zubr lui-même (du commencement du IVe siècle H.), pour se faire désigner comme šāhid, une somme de mille dinars[5].

Naturellement, l'enquête de la tazkiya ou du ta'dīl se faisait en principe sous le contrôle du ḳāḍi lui-même, qui avait seul qualité pour se prononcer sur l'admission ou le rejet définitif d'une candidature, le ṣāḥib al-masā'il n'ayant pour attribution que de fournir au juge les éléments de sa décision. Souvent le ḳāḍi lui-même cherchait à se rendre compte personnellement de la moralité des témoins, tel Ibn Al-Munkadir qui se déguisait et parcourait la ville, la nuit, « s'informant des šuhūd[6] ».

A partir du VIIIe siècle H., la désignation des šuhūd donne lieu à une instance judiciaire où le magistrat, saisi de la requête du candidat, appuyée de certifications favorables émanant de šuhūd déjà reconnus, entendait les dépositions de quelques témoins et prononçait, le cas échéant, une sentence d'admission de l'impétrant[7]. La

(1) L'événement eut lieu, d'après Kindi, en l'an 174/790 (*Wulāt*, 385) (2) *Wulāt*, 436. (3) *Wulāt*, 422. (4) *Wulāt*, 385, (5) *Wulāt*, 548, 559. (6) *Wulāt*, 438. Naturellement, beaucoup d'autres facteurs intervenaient dans la désignation des *šuhūd*, facteurs de toutes sortes, et, entre autres, des considérations politiques (cf. Gaudefroy-Demombynes, *Rev. ét. isl.*, 1939, 129). (7) Saraḫsi, XVI, 111 s.

pratique s'était établie, en Egypte, d'exiger du candidat à la šahāda un nombre minimum de vingt témoins, certifiant sa bonne moralité[1]. Dès cette époque, peut-être même bien avant, la fonction du ṣaḥib al-masā'il ou muzakki officiel disparaît.

## §. 2. — Conditions d'aptitude à la sahada

La nomination d'une personne comme témoin fixe supposait remplies, en premier lieu, les conditions requises pour l'admissibilité du témoignage en général. Ces conditions, telles qu'elles sont fixées par la doctrine, sont les suivantes : 1° — la puberté ; 2° — des facultés intellectuelles saines : 3° — la liberté ; 4° — l'islam ; 5° — n'avoir pas subi de condamnation pour calomnie ; 6° — la 'adāla[2]. Le témoignage des femmes n'est admis que sous réserve d'être renforcé par le témoignage d'un homme, sauf dans le cas où il s'agit de matières soustraites, d'après les mœurs courantes, à la vue des hommes, comme l'accouchement.

En dehors de ces conditions, le juge restait libre dans le choix de ses šuhūd et il jouissait, à cet égard, d'un pouvoir presque discrétionnaire. Souvent, des conditions supplémentaires, dues à des circonstances politiques ou religieuses, étaient imposées par l'autorité supérieure aux šuhūd. Ainsi, lors de la querelle mu'tazilite, de même que Ma'mūn imposait sa doctrine du Coran créé, aux magistrats de l'empire, il leur prescrivait de n'admettre comme šuhūd que des hommes professant la même doctrine et de destituer ceux qui refusaient d'y adhérer publiquement[3]. De son côté, le ḳāḍi Ibn Lahī'a refusait d'admettre des šuhūd, soupçonnés de croyances ḳadarites[4].

Le même pouvoir dont jouissait le ḳāḍi dans la désignation des šuhūd, il l'exerçait dans leur destitution. D'une part, la fonction du ṣāḥib al-masā'il ne se limitait pas à faire admettre ou rejeter la candidature d'un šāhid, mais aussi à contrôler, d'une façon continuelle, la conduite et la moralité des šuhūd déjà institués. Les cas sont très

(1) Maḳrīzi, II, 246. (2) C'ést cette qualité qui fait l'objet de l'enquête de la *tazkiya* et c'est elle qui servira à désigner les témoins fixes et la profession du notariat (*'adāla*). (3) *Wulāt*, 445. (4) *Wulāt*, 422.

nombreux où l'on voit des šuhūd, ne présentant plus les garanties nécessaires, congédiés par le magistrat. Kindi nous apprend que le ḳāḍi Ibn Lahī'a avait donné ordre à son ṣāḥib al-masā'il de reprendre son enquête tous les six mois ; et, le cas échéant, il destituait les šuhūd dont la moralité donnaient alors lieu à des critiques fondées[1]. Des šuhūd ayant témoigné faussement contre une personne sont destitués[2]. Cependant, dans la plupart des cas, les textes qui rapportent des sanctions de ce genre omettent d'en indiquer la raison. Sans doute, le bon plaisir du ḳāḍi, sa partialité, son désir de s'entourer de šuhūd de confiance, dévoués à sa personne et à ses intérêts, jouaient, aussi bien dans la nomination des témoins que dans leur destitution, un rôle décisif. Ainsi, le ḳāḍi 'Umari révoqua un certain nombre des šuhūd de son ressort, pour les remplacer par une trentaine d'autres de son entourage immédiat[3]. Souvent l'avènement d'un nouveau ḳāḍi était l'occasion d'un grand changement dans le personnel des šuhūd. Dans certains cas, les destitutions se faisaient en masse. Ainsi, au début du V^e siècle H., le ḳāḍi d'Egypte, Ibn abi al-'Awwām, invalida en un seul jour quatre cents šuhūd[4].

Cependant les magistrats n'exerçaient pas leur pouvoir en dehors de tout contrôle. On conservait toujours la possibilité d'en référer à l'autorité supérieure et même au calife. Ainsi, au début du IV^e siècle H., un šāhid, particulièrement distingué, ayant été révoqué par le ḳāḍi d'Egypte, il porta ses doléances à Bagdad, et le calife ordonna sa réintégration[5]. Les ministres des califes intervenaient auprès des magistrats, pour leur recommander la candidature d'un protégé[6]. Le calife Mustakfi ( 333/944 - 334/945 ) consacrait une partie de ses audiences publiques à l'examen de la situation des šuhūd de la capitale et destituait ceux dont la conduite n'apparaissait pas comme irréprochable[7].

En tous cas, la situation des šuhūd avait acquis une telle importance que les annalistes ne manquent pas de mentionner l'admission des šuhūd parmi les événements marquants de l'année[8].

Le nombre des šuhūd institués par les magistrats dans leurs ressorts, limité à l'origine, ne tarda pas à augmenter considérable-

(1) *Wulāt*, 422. (2) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 28, 120. (3) *Wulāt*, 402. (4) *Wulāt*, 612. (5) *Wulāt*, 368. (6) Ṣābi, 212 s. (7) Mas'ūdi, VIII, 378; *adde*, *Wulāt*, I, 607. (8) Ṣābi, 427, 434, etc... ; Abū Al-Maḥāsin, III, 92. V. 302.

ment[1]. Nous avons déjà vu que le magistrat qui inaugura l'institution désigna un nombre de dix šuhūd. Quelques années plus tard, le ḳāḍi 'Umari ( 185/801 - 194/809 ) avait « cent šuhūd environ[2] ». Au début du Ve siècle H,, le nombre des šuhūd du Caire atteignait mille cinq cents[3]. Dans d'autres régions, comme en Irak, on comptait, à Baṣra, par exemple, trente six mille témoins[4].

Les nominations de šuhūd se faisaient par des actes officiels d'investiture. Tout au moins, dès le début du IVe siècle H., le ḳāḍi délivrait au témoin qu'il désignait un siǧill, de même que la destitution d'un témoin était confirmée par un siǧill[5]. Lorsque, au Ve siècle H., un ḳāḍi al-ḳuḍāt de Saragosse invalida quinze de ses šuhūd, le chroniqueur dit que ce magistrat « établit un siǧill en ce sens[6] ». Dès avant cette période, entre les années 185/801 et 194/809, le ḳāḍi 'Umari, dans le but d'une bonne réglementation de l'institution, instaura la pratique d'inscrire sur un registre spécial le nom des divers šuhūd relevant de sa juridiction[7]. A partir du VIIIe siècle H., le diplôme d'investiture des šuhūd prit figure d'une sentence judiciaire. Le ḳāḍi déclarait admettre la šahāda de l'impétrant, en employant les formules mêmes des décisions judiciaires ordinaires[8].

(1) Cf, *Mez*, 219 s. ; Amedroz, *JRAS*, 1910, 778 s. (2) *Wulāt*, I, 396. (3) *Wulāt*, 612. (4) Tannūḫi, 129. Il ne faut, sans doute, accueillir ce texte de Tannūḫi qu'avec certaines réserves. Très probablement l'auteur entendait désigner non pas seulement les šuhūd proprement dits ou témoins fixes, mais toutes les personnes capables, suivant le droit commun, de se porter témoins. Tannūḫi lui-même explique sa pensée. Le nombre des šuhūd avait atteint ce chiffre à Baṣra, dit-il, parce que « les ḳāḍi y suivaient la doctrine de Abū-Ḥanīfa, suivant laquelle toute personne est reconnue 'adl ( c'est-à-dire capable de témoigner, si elle remplit les autres conditions légales ), ce qui ne devait pas exclure l'existence, sinon dans le ressort de Baṣra, tout au moins dans les autres régions de l'Irak même, de šuhūd proprement dits, en nombre relativement limité. C'est ainsi seulement qne nous pouvons comprendre les textes nombreux qui signalent, avec un intérêt tout particulier, la désignation ou la destitution des šuhūd, suivant les formes propres aux témoins fixes, dans certains ressorts d'Irak, spécialement à Bagdad. (5) *Wulāt*, 568. (6) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 120; Ibn Farḥūn, II, 215. (7) *Wulāt*. 374. Ce n'est donc pas sous la magistrature de Isḥāḳ ibn Al-Furāt ( 184/800 - 185/801 ) que cette pratique fut instaurée, comme le dit Ḳalḳašandi. Elle est signalée comme toujours en vigueur à l'époque où écrivait Kindi, au milieu du IVe siècle H. (8) حكم بعدالته وقبول شهادته حكماً تاماً جزمه وقضى فيه قضاء ابرمه ( Ḳalḳ., XIX, 349; Nuwayri, IX, 145 s.).

## §. 3. — Le rôle des suhud dans l'organisation judiciaire

Nous avons déjà vu que le système des témoins fixes avait été institué originairement afin de garantir les actes juridiques contre les risques d'une contestation de leur preuve. C'est dans ce système que l'on doit rechercher les origines du notariat, en droit musulman[1]. Dans le présent chapitre, l'objet de nos recherches consiste à démontrer le rôle qu'a joué l'institution des šuhūd dans la pratique des tribunaux et de déterminer la place qu'elle a occupée dans l'organisation judiciaire. Les šuhūd sont devenus les auxiliaires nécessaires du ḳāḍi. Leur fonction essentielle est de servir de témoins des débats du procès et du jugement[2].

L'emploi des témoins dans la procédure judiciaire est un fait qui est commun à beaucoup de législations anciennes. Dans ses « *Etudes sur le droit babylonien* », Edouard Cuq écrit que « pour garantir les « parties contre la mauvaise foi du juge qui changerait sa sentence, « les jugements étaient rendus en présence de témoins, dont les « noms figurent à côté de ces juges dans les procès-verbaux[3] ». Dans l'ancien droit grec, le juge était assisté d'un témoin, le *mnémon* ; c'était « un fonctionnaire public, attaché à un tribunal, qui assiste à « tous les actes de procédure et dont la mémoire tient lieu d'archives « et de preuve[4] ». On peut rapprocher de l'institution du *mnémon* celle du *record* des anciens droits français et anglo-saxon, et qui se retrouve aussi dans le système judiciaire instauré par les royaumes francs, en Orient, du temps des Croisades[5].

En droit musulman, c'est surtout dans la littérature de la doctrine malékite que le principe de l'assistance du juge par des šuhūd est le plus formellement énoncé. Cette assistance des šuhūd y appa-

(1) V. Tyan, *Le notariat* 2e éd., p. 5 et s. (2) Les textes font ressortir avec force ce rôle des šuhūd : ils s'asseyaient ( les šuhūd ) à droite et à gauche du « ḳāḍi pour constater les jugements qu'ils rendaient « يشاهدون ما يقع من احكامه » (*Wulāt*, 590, 568, 378) Heffening ( *E. I.*, Vo *Shahid* ) omet de faire mention de cette fonction des šuhūd.
(3) Cuq, *Etudes sur le droit babylonien*, 385. (4) Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*, 171 ; Dareste, Hanssoulier et Reinach, *Inscriptions, Lois de Gortyne*, 430. (5) Hayek, *Le droit franc en Syrie*, 101. Il serait intéressant de savoir si les Croisés ont importé l'institution du *record* ou bien s'ils l'ont empruntée à la procédure des juridictions musulmanes, telle qu'ils l'ont vu fonctionner,

raît avec un caractère encore plus obligatoire que l'assistance du *consilium*. Le juge, « ne peut tenir audience qu'en la présence des šuhūd », déclarent tous les auteurs[1]. L'institution des šuhūd n'en est pas moins certaine dans les madhab ḥanafite et šafiite, comme le prouvent tous les textes historiques, relatifs à l'organisation judiciaire dans les pays soumis à l'influence de ces madhab, d'autant plus que tous les auteurs ḥanafites et šafiites reconnaissent que le moyen de preuve normal des jugements — et à plus forte raison des autres actes de la procédure — consiste dans le témoignage de deux personnes.

Suivant Ḳalḳašandi, le premier magistrat, — tout au moins en Egypte — qui se fit assister de šuhūd à son audience, fut Muḥammad ibn Masrūḳ, entre les années 177/793 et 184/800[2]. Il ne serait pas sans intérêt de remarquer que bien avant cette époque, les ḳāḍi prenaient soin de s'assurer des témoins occasionnels, pour leurs jugements, même lorsqu'ils avaient déjà pris l'habitude de rédiger ces jugements par écrit. Ainsi, Sulaym Ibn 'Itr (40/660 - 60/679) prenait les « *Anciens du ǧund* » ou district comme témoins de ses décisions[3]. A partir de la deuxième moitié du IIIe siècle H., les textes deviennent nombreux, où les šuhūd apparaissent constamment à côté des magistrats. Le ḳāḍi Abū-'Ubaydallah (277/890 - 283/896) était très sévère pour les šuhūd qui n'étaient pas exacts aux heures d'audience et il punissait d'emprisonnement ce manquement à la discipline[4]. Abu Al-Ḏikr, du début du IVe siècle H., ancien šāhid lui-même, reprit, après son licenciement de la magistrature, ses précédentes fonctions auprès du ḳāḍi Al-Kurayẓi[5]. Ce même Abu Al-Ḏikr, au cours de sa magistrature, se faisait assister de deux šuhūd[6]. Cette même assistance des magistrats par des šuhūd est signalée dans beaucoup d'autres passages de Kindi et de Ibn Ḥaǧar[7].

Aux VIIIe et IXe siècles H., les diplômes d'investiture des magistrats contenaient des formules leur prescrivant de ne rendre leurs jugements qu'en présence des šuhūd[8] ; et ces jugements eux-mêmes, comme nous avons déjà eu l'occasion de l'indiquer, portaient qu'ils

(1) Ḫalīl, 244 ; Ḫaraši, VII, 175 ; Dasūḳi, 157. (2) Ḳalḳ., I, 419. (3) *Wulāt*, 309. (4) *Wulāt*, 516. (5) *Wulāt*, 533. (6) *Wulāt*, 568. (7) *Wulāt*, 571, 587, 590, 598, 601. 604. (8) Nuwayri, IX, 155.

étaient certifiés par le témoignage des šuhūd qui avaient assisté le juge au procès[1].

Dans la description que fait Maḳrīzi du cérémonial de l'audience que tient le ḳāḍi al-ḳuḍāt, il rappelle que les šuhūd siègent à ses côtés[2].

L'assistance des šuhūd, comme témoins des débats du procès et du jugement, était tellement nécessaire qu'elle ne se restreignait pas à la procédure de droit commun, mais était générale à toute procédure judiciaire, même de caractère exceptionnel. Ainsi, dans la procédure des *maẓālim*, le ṣāḥib al-maẓālim, c'est-à-dire le dignitaire qui préside la juridiction, doit se faire assister de plusieurs catégories de personnages, dont les šuhūd. Et Māwardi, qui indique cette règle, précise le rôle que jouent ces šuhūd, dans la procédure : « Afin, dit-« il, qu'ils portent témoignage des droits qui sont reconnus et des sentences qui sont prononcées[3] ».

En ce qui concerne le nombre des šuhūd du magistrat, on ne relève pas dans les textes de règles précises. Il semble que c'était une question de pratique, dans laquelle entrait pour beaucoup la libre appréciation du magistrat. Le ḳādi Ibn Al-Walīd, de la première moitié du IVe siècle H., se faisait assister de deux šuhūd ; un autre, de la deuxième moitié du même siècle se faisait assister de quatre šuhūd[4]. Quelques années ensuite, on trouve un ḳāḍi entouré de trois šuhūd[5]. Mais il semble bien que la pratique avait prévalu, en définitive, de l'assistance de quatre šuhūd. En tous cas, le nombre de deux šuhūd était devenu un minimum, par application de la règle admise en matière de témoignage en général, *testis unus. testis nullus.*

Les šuhūd siégeaient, à l'audience, aux côtés du magistrat, à sa droite et à sa gauche. La préséance s'établissait entre eux d'après l'ancienneté dans la fonction, de telle sorte que, dit un auteur, un šāhid jeune avait le pas sur un šāhid avancé en âge, s'il avait été admis à la šahāda avant lui[6].

(1) Nuwayri, IX, 130, 147. Ces vestiges de l'institution des šuhūd peuvent être relevés dans les jugements du XIIIe siècle H.. Au bas de ces jugements, on voit les signatures de plusieurs personnes, parfois au nombre de cinq, figurant après une formule indiquant qu'elles sont les témoins de la décision ( Rustum, V, 72 ). (2) Maḳrīzi, II, 246. (3) Māwardi, 76. (4) *Wulāt*, 555, 568, 590. (5) *Wulāt*, 604. (6) Maḳrīzi, II, 304.

Les šuhūd ayant pour fonction d'assurer la preuve des actes de la procédure et du jugement, faut-il en conclure à l'inexistence de greffiers, chargés de la plume ? Il n'en est rien. Les deux institutions ont coexisté et fonctionné concurremment. Comme nous le verrons bientôt, le greffier a toujours été l'auxiliaire nécessaire des kāḍi, alors même que le magistrat se faisait assister obligatoirement par le šuhūd. On pourrait peut-être même affirmer que la pratique de la šahāda est postérieure à celle du greffe. Des textes historiques révèlent la présence des greffiers au commencement du IIe siècle H., alors que la šahāda auprès des ḳāḍi ne semble avoir commencé à fonctionner que vers la fin du même siècle. Comment peut-on expliquer cela ? Pourquoi le besoin s'est-il fait sentir d'instituer des fonctionnaires dont le seul rôle consistait à retenir les détails de la procédure alors que cette fonction était également et mieux remplie par la conservation de ces détails par écrit ? A cela, il n'y a, nous semble-t-il, qu'une seule réponse : la méconnaissance de la valeur probante de l'écrit en soi.

Mez estime que l'évolution de l'institution des šuhud était terminée au IVe siècle H.[1]. Il y aurait lieu de préciser cette proposition. Si l'on considère la fonction principale des šuhud — auxiliaires du magistrat, témoins de la procédure — on peut affirmer que l'institution était définitivement constituée avec ses caractéristiques essentielles, qui l'accompagneront durant son évolution ultérieure, dès la première moitié du IIIe siècle H.. Au IVe siècle, dans sa première moitié, l'institution avait même atteint son apogée, en ce qu'elle avait déjà pris un développement tel qu'à cette époque elle avait déjà pu attirer à elle des attributions étrangères à sa nature originaire. En effet, en considération des qualités morales que suppose la *'adāla* et qui étaient exigées dans les šuhud, les magistrats en arrivèrent à leur confier des missions et des charges relevant de la compétence judiciaire, mais auxquelles l'activité personnelle du ḳāḍi ne pouvait plus suffire. Les šuhud qui sont ainsi distingués par les ḳāḍi sont pris non seulement parmi ceux qui assistent le magistrat à son audience mais aussi parmi les autres šuhud de son ressort. C'est au IVe siècle H. que l'on commence à assister à cette extension de compétence. A cette époque les ḳāḍi se déchargent sur les šuhud de la garde des biens appartenant aux mineurs, absents et interdits et qui se trouvent sous main de justice[2]. Lorsque, vers la fin du même siècle, à

(1) Mez, 219. (2) *Wulāt*, 595.

la suite de certains abus, un ḳāḍi d'Egypte, Ibn Ḥayyūn, fit déposer toutes les sommes qui lui étaient confiées dans un local spécial, il préposa à sa garde « cinq šuhud, chargés de veiller à toutes les entrées et les sorties de fonds[1] ». De même, c'est à des šuhud que les ḳāḍi confient la gestion des biens de mainmorte ( wakf ) dont les revenus sont destinés à l'entretien des mosquées, ainsi que la gestion des mosquées mêmes[2].

Une extension encore plus considérable a consisté dans la délégation du pouvoir de juridiction même aux šuhud. Cette pratique est déjà courante dans la première moitié du IVe siècle H.. Kindi rapporte qu'un jour d'audience, le ḳāḍi du Caire, Ibn Zubr ( 317/929 ), se trouvant empêché, chargea un de ses šuhud, Ibn Badr, de rendre lui-même la justice « aux nombreux plaideurs qui attendaient à la « porte[3] ». Le nommé Al-Ǧawhari, qui devait par la suite devenir ḳāḍi d'Egypte, « était l'un des 'udūl » et le ḳāḍi Abu Al-Ḏikr ( 330/941 ) lui déléguait l'exercice de la juridiction[4]. Certains ḳāḍi même partageaient leur juridiction entre deux šuhud, confiant à chacun une catégorie de litiges. Ainsi, un ḳāḍi d'Egypte, de la première moitié du IVe siècle H., avait désigné un de ses šuhud pour connaître des affaires et litiges concernant les wakf et un autre pour connaître des autres genres de procès[5].

A plus forte raison, les magistrats avaient-ils constamment recours aux šuhud pour tous les actes accessoires de la juridiction. S'il s'agit, par exemple, de prendre livraison du service et des archives d'un magistrat révoqué, on délègue à cet effet des šuhud[6]. S'il s'agit de l'exécution d'une commission rogatoire ( prestation de serment, audition de témoins, de justiciables, dans l'impossibilité de se rendre devant le magistrat, ou de transmission à un magistrat du procès-verbal d'une déposition recueillie par le ḳāḍi d'un autre ressort, etc. ), c'est à des šuhud qu'on fera tout naturellement appel. Dans les procès d'inquisition religieuse, les magistrats envoient aux accusés en détention, des šuhud, chargés de les exhorter à renoncer à leurs erreurs et de recueillir leur déclaration[7].

Ce n'est pas seulement des ḳāḍi que les šuhud reçoivent des missions de ce genre, mais aussi des gouverneurs et des hauts fonctionnaires, exerçant un pouvoir de juridiction. Ainsi, il est de prati-

(1) *Wulāt*, 597. (2) *Wulāt*, 601. (3) *Wulāt*, 540. (4) *Wulāt*, 571. (5) *Wulāt*, 572. (6) Ḫušāni, 141. (7) Maḳrīzi, IV, 157.

que constante, dans la procédure des maẓālim, que des šuhud reçoivent des délégations tant pour des actes de juridiction proprement dite que pour des actes d'instruction du procès ou de simple procédure[1].

Il n'est donc plus étonnant de voir la profession de la šahāda devenir, comme la mašūra, une sorte de stage pour la magistrature. Il n'est pas inutile de rappeler ici que le droit musulman établit une identité de principe entre les conditions d'admissibilité du témoignage en général, et les conditions d'aptitude aux fonctions judiciaires. Il était donc tout naturel que ces témoins particulièrement qualifiés que sont les šuhūd eussent une vocation toute spéciale à la magistrature. Aussi bien, on relève dans les annales judiciaires, un nombre considérable de ḳāḍi qui ne sont arrivés à la magistrature qu'après avoir exercé pendant quelque temps les fonctions de la šahāda auprès d'un magistrat[2].

Nommés par le magistrat et exerçant des attributions essentiellement judiciaires, les šuhūd relevaient hiérarchiquement du juge lequel exerçait sur eux un véritable pouvoir disciplinaire. Nous avons déja indiqué comment le ḳāḍi, tant par l'intermédiaire de son *ṣāḥib al-masā'il* que par lui-même, contrôlait sans cesse la conduite des šuhūd de son ressort et, le cas échéant, destituait les coupables d'un manquement à la discipline. Mais les sanctions pouvaient être de natures diverses. Les šuhūd désignés pour assister le ḳāḍi devaient se présenter exactement à ses audiences. Toute négligence dans cette obligation était punie sévèrement ; les peines que prononçait ainsi le ḳāḍi étaient soit une amende, soit même l'emprisonnement[3]. Les šuhūd, constitués gardiens de sommes d'argent mises sous main de justice et qui se rendaient coupables de détournement, étaient condamnés à de fortes amendes ou à la restitution des sommes détournées. Le décès même du coupable n'éteignait pas les poursuites et le magistrat, au besoin, liquidait l'actif de la succession pour faire payer aux ayants droit le montant de la condamnation[4]. Parfois, le magistrat, indulgent, se contentait de simples admonestations : Saraḫsi, excédé des assiduités des šuhūd de son ressort, qui ne cherchaient que des occasions de se livrer à l'égard des justiciables à de

(1) Māwardi, 73 s. ; Ṣābi, 356. Dans l'organisation de l'Etat mamluk, l'appellation de šuhūd sert aussi à désigner des fonctionnaires de certains bureaux administratifs, chargés de la comptabilité ( Cf. Ḳalḳ., III, 455, 462, 464 ; IV, 63 ; IX, 251 ; XII, 401, 475, 478 ; Nuwayri, VIII. 262, 298, 304 ). (2) *Wulāt*, I, 531, 533, 540, 571.
(3) *Wulāt*, 598, 601, 516. (4) *Wulāt*, 595,

louches tractations et trafics, d'influence, leur interdit en termes sévères de se présenter à son prétoire autrement que pour l'accomplissement des devoirs de leur charge[1].

La plupart des magistrats semblaient mettre leur point d'honneur à se montrer toujours entourés par un grand nombre de šuhūd. Ils choisissaient parmi les šuhūd de leur ressort, un certain nombre, dont ils se constituaient une sorte de cour ( *biṭāna* بطانة ). Ainsi Ibn Lahī'a choisi, dit la chronique, une trentaine de šuhūd, dont il fit sa *biṭāna*[2]. Ces hommes étaient prêts à rendre à leur patron tous les services qu'il pouvait leur demander. Ils faisaient même pour lui les achats dont il avait besoin pour sa maison[3]. Attachés à la personne du magistrat et associés à son activité, les šuhūd étaient toujours au premier rang du cortège qui accompagnait le nouveau ḳāḍi, au cours des solennités de son installation.

Le costume que portaient les šuhūd était celui des hommes de loi. Ils se distinguaient, comme ceux-là, par les ḳalansuwa ou les dannyya[4]. Au temps de Maḳrīzi, ils portaient les turbans *tabakyyāt*[5].

Exerçant leur profession dans un ressort judiciaire déterminé, les šuhūd se reconnaissaient par leur allégeance commune à l'égard d'une même autorité : c'étaient les šuhūd de tel ḳāḍi ou de tel ressort. Ainsi groupés, ces auxiliaires de justice formaient une corporation distincte, dans laquelle une certaine hiérarchie était établie. Celui parmi ses membres qui se distinguait par ses qualités et l'autorité personnelle qu'il arrivait à acquérir, jouissait d'une préséance incontestée ; on l'appelait le وجه الشهود, le premier des šuhūd[6]. Même — sans doute, pour défendre leurs intérêts corporatifs, — les šuhūd reconnaissaient à leur confrère qui s'était ainsi distingué une autorité supérieure réelle, comme un pouvoir de direction et de représentation. A ce titre, on l'appelait encore, « le chef des šuhūd » ( مقدّم الشهود — رئيس الشهود )[7].

Les šuhūd étaient ainsi arrivés à occuper et à jouer dans la vie judiciaire d'un ressort un rôle considérable et dans la cité, une situation sociale importante. Dans les annales historiques, le seul titre

(1) *Wulāt*, 549. (2) *Wulāt*, 422. (3) *Wulāt*, 549.
(4) Isbahāni, I, 129. (5) Maḳrīzi, II, 304. (6) *Wulāt*, 575.
(7) *Wulāt*, 396. 567 ; Abū Al-Maḥāsin, III, 92.

de šāhid vaut à son titulaire d'être cité parmi les hommes dont la mémoire apparaît comme digne de passer à la postérité. Lorsque des événements politiques importants se produisent dans une ville ; qu'il y a lieu, par exemple, de former une délégation, chargée de représenter la population, de recevoir un nouveau conquérant, les šuhud sont naturellement choisis à cet effet avec le ḳāḍi et autres notabilités[1].

Ils exercent une influence marquée dans la désignation des magistrats et des auxiliaires de justice. Dans les intrigues qu'ils formaient contre un kāḍi qui avait cessé de leur plaire[2], souvent les šuhud arrivaient à imposer à l'autorité supérieure le candidat de leur choix. C'est ainsi que, dans la première moitié du IVe siècle H., un ḳāḍi d'Egypte est contraint de renvoyer son vicaire et de le remplacer par un autre « sur la demande des šuhud[3] ». En ce qui concerne les auxiliaires de justice, Maḳrīzi rapporte, comme une pratique bien établie, que le ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte ne pouvait admettre des candidats à la profession de šuhud qu'avec l'assentiment des šuhud en exercice[4].

---

## Section VI. — Les auxiliaires de justice

### §. Ier — Notions générales

Quelques notions générales sommaires de procédure nous paraissent indispensables pour une description utile de l'évolution des organismes auxiliaires de justice.

Comme nous avons eu déja l'occasion de le relever, l'institution de la procédure écrite et du greffe, dans les juridictions islamiques, a existé dès une époque fort reculée, antérieure même de plus d'un siècle à l'instauration du régime de la *šahāda*.

(1) Vonderheyden, *Obaidides*, 44. (2) *Wulāt*, 568. (3) *Wulāt*, 491.
(4) Maḳrīzi, II, 246.

Le premier en date à notre connaissance, des documents historiques sérieux qui fait mention de l'usage de l'écrit, dans la pratique judiciaire islamique, est un texte de Kindi, de l'époque de Sulaym ibn 'Itr, ḳāḍi d'Egypte pendant les années 40/660-60/679. Ce magistrat, raconte le chroniqueur, « avait, une fois, rendu une sentence dans un « procès de partage de succession. Cette sentence ne mit pas fin au litige ; et les héritiers revinrent derechef devant le ḳāḍi. Mais alors, « le magistrat, jugeant à nouveau l'affaire, établit sa sentence en un do- « cument, sur lequel il recueillit le témoignage des Anciens de son « ressort ». Et Kindi ajoute : « Il ( Sulaym ibn 'Itr ) fut le premier « parmi les ḳāḍi d'Egypte à établir par *siǧill* ( document écrit officiel) « ses jugements[1] ». Beaucoup d'autres textes, relatifs à la fin du premier siècle H., signalent la présence, à côté des personnages qui sont représentés comme ayant exercé des fonctions judiciaires, des fonctionnaires, chargés de la plume ( كتّاب ). Des ḳāḍi d'Egypte, au milieu du IIe siècle H., ont trois ou cinq greffiers[2].

La pratique des écritures fut étendue à tous les actes juridiques que les particuliers dressaient devant le ḳāḍi. En même temps, les documents prenaient plus d'ampleur, sans doute à cause des formules qui passaient lentement de la pratique gréco-byzantine dans la langue arabe. Toujours d'après le témoignage de Kindi, un magistrat de la deuxième moitié du IIe siècle H., « Mufaḍḍal ibn Fuḍāla fut « le premier à tenir des registres contenant les actes juridiques, les « testaments et les obligations ; cela n'existait pas avant lui », ( entendons par là, sans doute : dans la pratique de langue arabe ).

A partir de la même époque, l'organisation matérielle des greffes est en progrès. Jusqu'en 177/793, en Egypte, les pièces constituant les archives du tribunal étaient enveloppées dans un morceau d'étoffe ( منديل ) et remises à la garde personnelle du greffier. Sous la magistrature de Ibn Masruḳ ( 177/793 - 184/800 ), l'usage du *ḳimaṭr* ( قمطر ) fut introduit[3]. Le *ḳimaṭr* est un sac en étoffe où les archives étaient rangées[4]. Ce sac, cacheté par le juge, était déposé dans une pièce particulière, au domicile du greffier. Quelques années plus tard, au milieu du IIIe siècle H., le dossier d'une affaire ayant été abîmé, au domicile du greffier, le magistrat loua un local spécial où

(1) *Wulāt*, 310. (2) *Wulāt*, 379, 384, 394. (3) *Wulāt*, 391.
(4) Ibn 'Abdīn, IV, 428.

il déposa les archives et dont la porte était fermée et scellée[1]. Avoir un *ḳimaṭr* devint une marque à laquelle se reconnaissait un juge[2].

Si l'on consulte d'autres textes et spécialement les écrits des premiers grands jurisconsultes, chefs de madhab, on constate que la procédure écrite était déjà entièrement organisée, dès la deuxième moitié du IIe siècles H.. Nous citerons, à titre d'exemples caractéristiques, les règles que l'on trouve dans le traité de Šāfi'i, concernant la rédaction et la tenue des procès-verbaux d'audience. La déposition d'un témoin à un procès, dit Šāfi'i, doit être transcrite par le greffier du ḳāḍi. Elle doit être lue au témoin, pour confirmation. Le juge apposera ensuite son cachet au bas du procès-verbal et le conservera dans son *ḳimaṭr*, avec indication du nom des parties et de la date du procès. Si, par la suite, l'un des plaideurs demande une copie authentique d'une déposition qui l'intéresse, le juge la lui délivrera. Šāfi'i expose aussi les règles concernant les indemnités qui doivent être allouées par le Trésor public au ḳāḍi pour couvrir ses frais de greffe ( papier, registres, etc.[3] ). Il ressort encore d'un texte relatif à la magistrature de Ibn Fuḍāla, en Egypte, (170/786-177/793) que l'action en justice était introduite par une requête écrite, que le demandeur présentait au ḳāḍi[4].

## §. 2. — Les auxiliaires de justice et leurs attributions

Dès le troisième siècle, on se trouve en présence d'un système complet d'organisation du corps des auxiliaires de justice — adaptation définitive des pratiques locales antérieures à la conquête. Sans parler des šuhud, qui comptent parmi les plus importants des auxiliaires du magistrat, le tribunal musulman comprend diverses catégories de fonctionnaires chargés de l'accomplissement des actes de procédure. A côté des greffiers et des interprètes, il y a les agents chargés de la police de l'audience, de la citation des parties, ainsi que ceux à qui le juge confie l'exercice de quelques prérogatives judiciaires accessoires. Ces divers fonctionnaires sont appelés اعوان[5], (littéralement : auxiliaires), quoique ce terme ait aussi une acception

(1) *Wulāt*, 437. (2) *Wulāt*, 459. (3) Šāfi'i, VI, 222; pour le VIe s., cf. Ḳāḍiḫān, II, 355. (4) *Wulāt*, 381. (5) Cf. Nuwayri, VI. 260. Ce terme sert aussi parfois à désigner les avocats ( Ḫaraši, VII, 167 ).

plus restreinte pour désigner une catégorie spéciale d'auxiliaires de justice.

I. — *Le greffier* ( *kātib* ). — La fonction de *kātib* — littéralement : scribe — est, disent les auteurs, indispensable pour le fonctionnement de chaque juridiction. Elle consiste à recueillir par écrit toutes les déclarations des parties au procès, la prétention du demandeur et la réponse du défenseur, les répliques et dupliques, les dépositions des témoins, etc... D'une façon générale, le greffier doit consigner sur son procès-verbal tous les actes de la procédure[1]. Il fait la lecture, à l'audience, de toutes les pièces produites par l'une et l'autre partie[2]. Mais, comme le juge exerce aussi les fonctions notariales, le greffier est naturellement appelé à rédiger lui-même tous les actes juridiques auxquels les intéressés veulent donner force authentique[3].

C'est le greffier qui est préposé à la tenue des registres et de toutes les archives du tribunal. C'est lui qui veille à la mise en ordre de toutes les pièces et des *ḳimaṭr* dans lesquels ces pièces sont conservées[4].

A l'audience, la place de kātib est aux côtés du magistrat, afin, disent les auteurs, d'une part, que le magistrat soit en mesure de contrôler sans cesse le travail de son greffier et qu'il soit impossible aux plaideurs de communiquer avec lui et de le corrompre ; et que, d'autre part, il soit facile au magistrat de consulter toutes pièces du dossier dont il aurait besoin au cours de l'audience[5].

L'activité du kātib ne se borne pas à ce seul travail matériel de rédaction. Le kātib est aussi le collaborateur juridique du ḳāḍi. Il assiste à la délibération qui a lieu entre le magistrat et les membres de son *consilium*. C'est pourquoi nous verrons qu'une des qualités requises chez le greffier est la connaissance de la loi[6]. D'autre part, tout comme aux šuhud, le ḳāḍi s'adresse volontiers à ses greffiers, pour se faire suppléer, tant occasionnellement que d'une façon permanente, dans l'exercice même de la juridiction. D'après la doctrine, le greffier a une vocation de droit à la fonction de vicaire[7]. Et, en

(1) Saraḫsi, XVI, 90 ; Šāfi'i, V, 243 ; Ġazāli, *Waǧīz*, II, 144 ; Ḳāḍiḫān, II, 354 ; Kāsāni, VII, 12 ; Dasūḳi, IV, 157 ; Ḫaraši, VII, 174 ; Ibn Farḥūn, I, 24. (2) Nuwayri, IX, 3. (3) Kāsāni, VII. 12. (4) Kāsāni, VII, 12 ; Saraḫsi, XVI, 90. (5) Saraḫsi, XVI, 90. (6) Nuwayri, IX, 4. (7) Saraḫsi, XVI, 94.

fait, nombreux sont les greffiers qui exercent cumulativement leurs fonctions mêmes et les fonctions judiciaires proprement dites[1]. Cette pratique de la délégation s'applique *a fortiori* aux attributions judiciaires accessoires, telles que la gestion des biens de mainmorte ou wakf, des biens des incapables, les opérations de partage, etc.[2]. Il n'est donc pas étonnant de constater que la magistrature se recrutait, dans une large mesure, dans le personnel des greffes. Ainsi, cette profession constituait encore comme un stage pour les fonctions judiciaires[3].

Les greffiers sont, avec les šuhud, des fonctionnaires qui constituent l'entourage immédiat du ḳāḍi ; ils sont ses hommes de confiance, au courant des secrets du service, et sur lesquels il doit pouvoir toujours compter[4]. Aussi, la situation de kātib était-elle considérée comme une situation sociale importante. Dans les recueils historiques consacrés aux biographies des hommes célèbres en Islam, les kātib de magistrats sont jugés dignes de figurer, et le sont en grand nombre. Et le cas n'est pas unique de voir des personnages, après avoir occupé des postes de ḳāḍi, ne pas estimer humiliant de redevenir de simples greffiers[5].

L'importance qu'avait prise la fonction du kātib ressort de l'énumération des qualités requises chez lui par la doctrine. Ces qualités, telles qu'on les trouve dans le Traité de Nihāyat al-arab, sont les suivantes :

1° — La ʿadāla ou bonne moralité et la piété — En ce qui concerne plus particulièrement les greffiers, la ʿadāla est une condition théorique indispensable en raison de ce que la doctrine considère les greffiers, encore, comme des šuhud qualifiés appelés à rendre témoignage, le cas échéant, des actes qu'ils ont dressés. La valeur de l'acte rédigé par le greffier ne résulte pas, en principe, de cet acte en lui-même, mais de ce que le greffier a été le témoin de son contenu. C'est pourquoi, certains auteurs spécifient que le greffier doit être « capable de témoigner, car le ḳāḍi aura besoin de son témoi- « gnage[6] ». Un autre auteur, raisonnant sur le cas de perte d'un document rédigé par un greffier, reconnaît valeur au contenu de ce document si ce greffier en porte témoignage[7]. D'ailleurs, Nuwayri

(1) Ibn ʿAsākir, II, 246. (2) Ibn Farḥūn, I, 25. (3) Ibn ʿAsākir, *ibid.*; Bel et Cheneb, 252. (4) Nuwayri, VI, 260. (5) Ibn Baškuwāl, 348. (6) Kāsāni, VII, 12. (7) Uzağandi, III, 411.

formule expressément le même point de vue : « C'est sur la foi de « son témoignage ( le greffier ) que se décident les droits des parti- « culiers ». Or, par le terme de témoignage, l'auteur désigne les actes mêmes que dresse le greffier et dont il peut témoigner, le cas échéant.

La piété est une qualité religieuse qui vient renforcer celle de la 'adāla. Elle implique nécessairement la qualité de musulman. Par ailleurs, d'après le même Traité de Nihāyat al-arab, la condition de religion musulmane est formulée expressément ; Sarahsi interdit au ḳāḍi d'employer comme greffiers des *ḏimmi*[1].

2° — Le greffier doit avoir une élocution claire et facile. — Il est appelé, en effet, à lire, à l'audience, les divers documents et pièces qui sont versés aux débats. Si cette lecture était déficiente, le public éprouverait un sentiment de dédain à l'égard du greffier ; et le sens des documents pourrait ne pas être bien compris.

3° — La bonne calligraphie. — C'est une condition commandée par la nature même des fonctious du greffier.

4° — La connaissance de la langue arabe. — C'est la langue du Coran, source théorique de la loi. De plus, elle est la langue officielle et courante de beaucoup de pays musulmans. Il est curieux cependant d'observer que cette même condition n'est pas formulée pour le ḳāḍi.

5° — La connaissance de la loi. — Nous avons déjà indiqué une des raisons de cette condition, le greffier étant appelé à assister au délibéré. D'autre part, c'est la connaissance de la loi qui permettra au greffier de ne point commettre d'erreurs dans les procès-verbaux et les documents qu'il a mission de rédiger.

6° — La connaissance de l'arithmétique et des règles de dévolution successorale. — C'est le greffier qui, dans les partages de sucessions ou les liquidations de sociétés, est souvent appelé à fixer le rang et la part des divers ayants droit.

7° — La connaissance des règles de rédaction. — Ces règles constituent, dans les pays d'Islam, une véritable discipline portant

(1) Nuwayri, VI, 260 ; Sarahsi, XVI, 93. V. *supra*, exposé sur le caractère religieux de la fonction judiciaire.

un nom spécial : *ṣinā'at al-wirāḳa*. Des chapitres entiers et même des ouvrages lui sont consacrés.

II. — *Le muzakki*. — Ce terme sert à désigner deux fonctionnaires distincts : l'un, appelé aussi *ṣāḥib al-masā'il*, qui est chargé de l'enquête sur la moralité des šuhūd fixes ; l'autre, chargé de l'enquête sur la moralité des témoins ordinaires[1].

III. — *L'interprète*, ( *mutarǧim* ). — C'est une obligation pour le magistrat d'avoir à son service un interprète. Il ne s'agit pas d'un interprète appelé à l'occasion d'un procès déterminé, mais d'un fonctionnaire permanent, auxiliaire de justice, chargé de traduire au juge les déclarations des plaideurs qui ignorent la langue arabe. Certains auteurs, assimilant la traduction à un témoignage, exigent que le ḳāḍi ait deux *mutarǧim* à la fois. Mais cette opinion est restée isolée, et la pratique consacrée par l'opinion dominante se contente d'un interprète unique[2].

IV. — La quatrième classe des auxiliaires de justice comprend trois catégories de fonctionnaires subalternes, préposés au service intérieur d'audience et aux significations[3].

C'est, en premier lieu, le *bawwāb* ( portier ). Il se tient à la porte du prétoire ; il maintient l'ordre parmi les plaideurs et le public et empêche l'encombrement. Il n'autorise les plaideurs à se présenter devant le juge que chacun suivant son rang, établi d'après le moment auquel il est arrivé au prétoire ; et il assigne à chaque plaideur la place à laquelle il doit se tenir devant le ḳāḍi. C'est pourquoi le bawwāb doit se rendre de bonne heure au siège du tribunal, pour observer l'ordre d'arrivée des plaideurs. Il lui est prescrit d'observer une stricte égalité parmi les justiciables, éviter de donner le pas aux riches et aux puissants sur les pauvres et les faibles, de n'accepter aucun pot-de-vin pour faire passer un plaideur avant l'autre.

Le bawwāb est parfois doublé d'un autre fonctionnaire appelé *ḥāǧib* ( حاجب ), plus particulièrement attaché à la personne du ḳāḍi. Il a pour fonction de ne permettre qu'aux intéressés d'accéder

(1) V. *supra*. 241 ss. (2) Šāfi'i, VI, 208 ; Ġazāli, *Waǧīz*, II, 144 ; Ibn Farḥūn, I, 25. (3) Nuwayri, VI, 262 ; Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162 ; Ibn 'Abdūn, *op. cit.* 200 ; Ḳāḍiḫān, II, 355 ; Kāsāni, VII, 12 ; Uzaǧandi, III, 391 ; Ibn Nuǧaym, VI, 279, Ḫaraši, VII, 167 ; Ibn Farḥūn, I, 25, 26, 243.

auprès du magistrat[1] et d'accompagner ce dernier comme garde du corps, dans ses déplacements[2].

Un autre fonctionnaire chargé du service intérieur de l'audience est le *ǧilwāz* (جلواز), qu'on appelle encore, en Orient, *ṣāḥib al-maǧlis* (صاحب المجلس)[3]. Il est chargé de la police de l'audience. Il se tient auprès du ḳāḍi et tient à la main un fouet (درّة — سوط) dont il peut faire usage contre toute personne qui n'observerait pas une attitude correcte ou troublerait l'audience. Il veille, lui aussi, à ce que les plaideurs ne se présentent devant le juge, pour exposer leur cause, qu'à leur tour, suivant le rang déjà établi.

Les *a'wān* (sing. *'awn*)[4] proprement dits sont des huissiers, chargés de signifier aux parties les injonctions du juge et de les faire comparaître devant lui, au besoin, par la force[5]. Le *'awn* porte aussi le nom de *mušḫis* (مشخص) ou de *rasūl* (رسول)[6]. Il assiste aussi à l'audience. Il est recommandé au ḳāḍi de restreindre autant que possible le nombre de ses a'wān. D'après Ibn 'Abdūn, même pour un grand ressort, comme Séville, où le rôle de juge est très chargé, le ḳāḍi ne devrait pas avoir plus de dix a'wān. Ils doivent être choisis parmi les personnes de bonnes mœurs et être plutôt d'âge mûr[7].

V. — Le *ḳassām* ou *ḳāsim* (قسّام — قاسم). — Un fonctionnaire spécial peut être préposé aux opérations de partage, c'est le ḳāsim ou ḳassām. Il est délégué par le juge à cet effet, en raison de ses connaissances techniques. Le juge ne fait qu'homologuer la décision du ḳassām ; car cet auxiliaire de justice rend une véritable décision de partage. Comme le dit, en effet, un auteur, le ḳassām exerce une partie de la juridiction du juge[8].

VI. — *Amīn al-ḥukm* (امين الحكم). — Nous avons déjà vu que,

(1) Ḫaraši VII, 173 ; Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162. (2) *Wulāt*, 602.
(3) Il porte aussi le nom de *'arīf* (عريف) : Uzağandi, III, 391. C'est aussi parfois un agent de la šurṭa qui assure cette fonction : on l'appelle *šurṭi* (Uzağandi, *ibid.*).
(4) D'après une variante : *'awīn* (عوين) (Ibn Farḥūn, I, 26). (5) *Wulāt*, 509.
(6) Là encore, c'est parfois un *šurṭi* qui assure cette fonction : cf. Dozy, *Supplément*, V° ضرب. (7) Le ḳāḍi qui n'arrive pas à faire comparaître un plaideur par ses propres huissiers peut avoir recours à cet effet aux agents du gouverneur ou de la police (Ḳāḍiḫān, II, 356). (8) Nuwayri, VI, 26r : القاسم شعبة من شعب الحكم.

dès le IIIe siècle H., les ḳāḍi avaient pris l'habitude de confier la garde des biens des incapables, orphelins, absents, etc... mis sous main de justice, à des šuhūd[1]. Plus tard, un fonctionnaire appelé *amīn al-ḥukm* fut institué spécialement pour la garde et la gestion des biens des mineurs orphelins (ايتام). Placé sous le contrôle direct du magistrat, le amīn al-ḥukm n'avait qu'un pouvoir d'administration. Quant aux actes de disposition, il ne pouvait les entreprendre que suivant une procédure se déroulant devant le juge et après autorisation expresse de celui-ci[2]. Au Xe siècle H., suivant le témoignage de Ibn Nuǧaym, cette fonction était tombée en désuétude, et les biens des mineurs, orphelins, étaient confiés aux tuteurs qui leur étaient désignés[3].

VII. — *Ḫāzin diwān al-ḥukm* (خازن ديوان الحكم). — Ce fonctionnaire dont on trouve mention dans quelques textes est chargé de la garde des archives du tribunal. Jusqu'au début du Ve siècle H. en Egypte, ces archives étaient déposées au domicile même du magistrat ou de son greffier. Ibn al-'Awwām, ḳāḍi d'Egypte durant les années 405/1014-418/1027, transféra ces archives à la mosquée, qui servait de prétoire, où il les déposa dans un local distinct[4]. Cependant, dès le milieu du IVe siècle H., on relève des traces certaines de l'existence du ḫāzin diwān al-ḥukm[5].

VIII. — Il est enfin recommandé au magistrat de désigner une personne de confiance, chargée de le renseigner sur ce que pense et dit le public au sujet de sa conduite, de ses jugements et des šuhūd qui l'assistent dans l'exercice de ses fonctions.

Tous les auxiliaires de justice relevaient exclusivement du magistrat du ressort auquel ils étaient affectés et ils étaient nommés par lui. Il n'apparaît d'aucun texte qu'un pouvoir étranger ou supérieur au ḳāḍi intervenait dans la nomination de ses auxiliaires. N'était-ce le caractère officiel et public de leurs fonctions, ces auxiliaires apparaîtraient comme les employés personnels du magistrat. Le ḳāḍi nouvellement nommé n'est pas obligé de maintenir en place les

(1) Avant cette époque, les ḳāḍi gardaient par devers eux les biens des incapables, les biens sans maître, avec la caisse du tribunal, dans un coffre spécial appelé *tābūt* تابوت (*Wulāt*, 405, 450). (2) Nuwayri, IX, 49, 58.
(3) Ibn Nuǧaym, VI, 277. (4) *Wulāt*, 612. (5) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 162.

auxiliaires de justice qu'avait désignés son prédécesseur ; il peut faire un nouveau recrutement, suivant son libre choix.

C'est pourquoi, c'est le magistrat même, dont ils relèvent, qui exerce sur les auxiliaires de justice le pouvoir disciplinaire. Il peut les révoquer *ad nutum*. Les juristes recommandent même aux magistrats de ne pas maintenir trop longtemps en fonction les mêmes auxiliaires, tout au moins, les a'wān proprement dits ; car, disent-ils, la mauvaise réputation de ces agents est de notoriété publique et ils se livrent dans l'exercice de leurs fonctions, auprès des plaideurs, à un large trafic d'influence[1].

En tout cas, le contrôle du magistrat sur ses auxiliaires doit s'exercer constamment. Cette règle avait un caractère généralement platonique, en raison du bas niveau moral du personnel judiciaire dans son ensemble ; mais on n'en relève pas moins quelques applications pratiques très nettes. Ainsi, un ḳāḍi d'Egypte, raconte Ibn Ḥağar, « invitait constamment ses auxiliaires à lui rendre compte de leur gestion[2] ». Parmi les obligations principales du magistrat, Māwardi et tous les auteurs à sa suite, mentionnent ce devoir de contrôle permanent des auxiliaires de justice[3].

Par analogie avec le pouvoir disciplinaire qu'exerce le magistrat sur ses šuhūd, on doit admettre qu'en dehors de la révocation, les sanctions que le magistrat pouvait appliquer à ses auxiliaires comportaient des peines d'amende et d'emprisonnement.

En revanche, les auxiliaires de justice, en raison du caractère de leurs fonctions, jouissaient d'une protection particulière contre toute atteinte à leur personne physique ou à leur considération. Ils peuvent s'adresser au Prince pour lui demander de faire cesser des campagnes diffamatoires ou des agressions dont on se rendrait coupable à leur égard[4]. Plus spécialement, le magistrat doit veiller à la considération due à ses auxiliaires, et il doit punir sévèrement toute personne qui commettrait une agression contre l'un d'eux ou même, simplement, lui manquerait d'égards[5].

---

(1) Dasūḳi, IV, 150 ; Ḫaraši, VII, 167, Ibn 'Abdūn, 200. (2) *Wulāt*, 507. (3) Māwardi, 67 ; Nuwayri, VI, 256. (4) *Wulāt*, 607. (5) Ibn Farḥūn, II, 151.

## Section VII. — Les défenseurs de justice

### §. 1er — Notions générales

Un orientaliste estimé écrivait naguère que « dans le droit pro-« cédural musulman, il n'existait ( à sa connaissance ), aucune men-« tion de la défense en justice ( *advocacy* ) ; que si elle avait existait, « elle aurait donné lieu assurément à des anecdotes dans la littéra-« ture arabe[1] ». M. Probster, qui rapporte ce passage de Amedroz, le contredit formellement dans un article consacré à l'exposé de l'institution de la défense en justice en droit musulman[2]. L'opinion de M. Probster est, nous semble-t-il, l'opinion exacte ; mais celle de Amedroz contient aussi une certaine part de vérité.

Dans le droit musulman, en effet, la défense des intérêts en justice n'a pas pris le caractère d'une institution *sui generis*, comme dans certain pays d'Occident, où, reprenant une tradition héritée de l'ancienne Rome, le barreau représente un ordre ayant une personnalité et des caractéristiques propres. Il n'y a pas en droit musulman d'avocats, au sens spécial de ce mot. En principe, la défense en justice des intérêts des tiers est, dans la conception et la pratique musulmanes, une simple application du contrat de mandat. La personne chargée des intérêts judiciaires d'une autre est assimilée à un mandataire ordinaire. Aussi bien, un terme correspondant au terme d'avocat n'existe pas dans la langue juridique ni dans la langue vulgaire arabes, pour désigner le défenseur en justice. C'est un *wakīl*, c'est-à-dire un mandataire ; et le contrat qui le lie à son client est une *wakāla* ( mandat )[3]. Dans la pratique du Maġreb et de l'Espagne, on emploie, pour désigner le mandataire judiciaire, le terme qui sert

(1) Amedroz, *JRAS*, 1911, 668. (2) Probster, *Die Anwaltschafti im islamischen Recht*, ( *Islamica*, 1932, 545 ss. ). (3) Pour spécifier l'objet du mandat, on l'appelle *wakāla bil-ḫuṣāma* ( mandat judiciaire, mandat *ad litem* ). Il est étrange de voir un orientaliste traduire le terme wakāla ( plur. de wakīl ) par : « agents de police » ( Behrnauer, *J. A.* 1861, XVII, 73 ).

à désigner le plaideur lui-même, *ḫaṣm*, ( خصم pl. خصماء — خصوم ) concurremment avec le terme de *wakīl*[1].

Conformément à la doctrine traditionnelle générale, les auteurs musulmans rattachent l'institution du mandat judiciaire à des origines remontant au Prophète et à la pratique arabe des premiers temps de l'Islam[2]. Nous ne retiendrons de cette doctrine que cette seule constatation que le mandat judiciaire a, de tout temps, été pratiqué. Et l'on peut, à cet égard, établir un rapprochement utile entre la notion du mandat judiciaire, en droit musulman, telle que nous venons de la définir, et cette même notion, dans la pratique du droit byzantin, où l'on ne relève pas les caractéristiques particulières qui distinguaient, dans l'ancienne Rome, comme au Moyen-Age et dans les temps modernes, la profession du barreau[3].

Aucune restriction n'est apportée par la doctrine à la pratique du mandat judiciaire. « Dans toutes sortes de litiges, dit Saraḫsi, la « wakāla est autorisée[4] ». En fait, elle est de pratique courante. Les difficultés qu'aurait un particulier, ignorant généralement la loi, à défendre lui-même en justice ses intérêts, l'incitent à confier ce soin à un spécialiste-praticien. Ce motif est indiqué expressément par les auteurs[5]. Mais un autre motif est aussi retenu. La comparution en justice, dans la promiscuité de toutes sortes de plaideurs, dans la situation d'une personne dont le droit apparaît comme contesté, est considérée, suivant la mentalité courante, comme humiliante, et l'on charge un tiers de ses propres intérêts pour éviter à soi-même cette humiliation[6].

La représentation en justice devient une profession à laquelle se consacrent des personnes qualifiées par leurs connaissances juridiques, plus particulièrement, leur habileté dans la pratique judiciaire. Sans que l'exercice de la profession soit subordonné à des conditions spéciales quelconques d'admission, sans que les membres de cette profession constituent, en quelque façon ce soit, un ordre ou une association, ils n'en forment pas moins un groupe distinct d'hommes de loi : ce sont les *wukalā*'ou *ḫuṣamā*' ou *ḫuṣūm*. Ces termes acquièrent

(1) Ibd 'Abdūn, *J. A.*, 1934, 202, 203 ; Ḫušāni, 109 ; même en Egypte ce terme est quelquefois employé : cf. Dozy, *Supplément*, V° خصم.

(2) Saraḫsi, XIX, 2 s.

(3) Cf. Collinet, *La procédure par libelle*, 181, 344.

(4) Saraḫsi, XIX, 9.

(5) Saraḫsi, XIX, 4, 5.

(6) Saraḫsi, *ibid.* لصيانة نفسه من الابتذال في مجلس الخصومة.

ainsi un sens restreint. C'est ainsi qu'ils sont dénommés, non seulement par le vulgaire, mais aussi dans les textes juridiques et les textes officiels. Il n'est pas besoin, pour les désigner, de spécifier leur qualité de mandataires *judiciaires*. Ainsi, dans les passages des diplômes d'investiture des magistrats, où des recommandations leur sont faites en ce qui concerne leur conduite à l'égard des mandataires judiciaires, ceux-ci sont simplement appelés des « wukalā'[1] ». Ces wukalā' sont soumis à une certaine discipline, l'exercice de leur profession est soumis à quelques restrictions ; leurs rapports avec les clients comportent un régime, à certains égards, particulier, comme nous allons le voir, de telle sorte que, sous la pression des faits, le mandat judiciaire a fini, quand même, par assumer certaines caractéristiques particulières en harmonie avec la nature de sa fonction sociale.

## §. 2. — Formation du mandat judiciaire

En principe, le contrat entre le défenseur et son client se forme suivant les conditions ordinaires du mandat. La liberté, dans le choix du wakīl, est entière. Ainsi, par application des règles du mandat ordinaire, le mandataire peut être une personne du sexe féminin, ou un esclave, ou un non-musulman ( ḏimmi ) ou un impubère. Dans ce dernier cas, cependant, il est nécessaire que l'impubère soit capable de raisonnement ; que l'autorisation de son tuteur soit acquise. De même que, s'il s'agit de l'esclave d'autrui, le consentement du propriétaire est requis[2].

Mais la liberté de la représentation judiciaire subit des restrictions notables. D'après une opinion attribuée à Abū-Ḥanīfa et enseignée par son Ecole et quelques auteurs malékites, comme Saḥnūn, le plaideur ne peut se faire représenter en justice qu'avec l'assentiment de son adversaire. Car, dit-on, la délégation d'un tiers, aux fins de défendre les intérêts d'un plaideur, a pour but de nuire aux intérêts de son adversaire, puisque, en principe, c'est l'intéressé lui-même qui doit comparaître devant le juge et soutenir ses prétentions, et que la défense de ces prétentions, présentée par un mandataire, pourrait se révéler plus efficace que si elle l'était par l'intéressé

(1) 'Umari, 117 ; Ḳalḳ., XI, 197, 413 ; *Wulāt*, 589, 607 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 96 ; Ibn 'Abdūn, *op. cit.*, 202, 203 ; Behrnauer, *op. cit.*, 73. (2) Saraḫsi, XIX, 8, 12.

lui-même. On admet cependant, dans cette opinion, quelques tempéraments. En cas d'empêchement pour cause de maladie ou d'absence[1], le plaideur peut se faire substituer par un wakīl, sans l'assentiment de son adversaire[2]. On assimile à l'absence, le cas du plaideur présent mais se préparant à partir en voyage[3]. Les femmes, d'après certains auteurs, ont, en tous cas, la même faculté. D'autres auteurs moins rigoureux admettent des exceptions à la règle dans tous les cas d'excuse valable, dans lesquels rentrent l'absence, la maladie, le sexe féminin, le fait d'être retenu par les devoirs d'une fonction publique[4]. Quoi qu'il en soit, on admet, par une application intéressante de l'idée d'abus de droit, que si le refus d'un plaideur à consentir à la constitution par son adversaire, d'un représentant, apparaît comme procédant d'un « entêtement » injustifié, le juge peut autoriser lui-même la constitution du mandataire, de même que, dans une hypothèse inverse, il peut, de sa propre autorité, interdire à un plaideur, dans les cas où, en principe, il a le droit de le faire, de se désigner un représentant judiciaire, s'il apparaît au juge que le plaideur ne recherche, par ce moyen, qu'à mettre à profit l'habileté procédurière et de chicane de son représentant, pour nuire à la bonne marche du procès et la manifestation de la vérité[5].

Mais dans une opinion contraire, soutenue par l'Ecole šafiite ainsi que par quelques auteurs ḥanafites, comme Šaybāni et par l'Ecole malékite dans son dernier état, tout plaideur peut, en principe, se faire substituer librement un mandataire. Cependant lorsqu'un plaideur a déjà comparu à trois audiences successives, sans l'assistance d'un défenseur, ou lorsqu'il apparaît au magistrat que le plaideur n'a en vue, dans la désignation d'un représentant, que le désir de nuire à son adversaire, de faire traîner le procès ou de se soustraire à l'application de la loi, le juge n'admettra ce plaideur à se faire substituer par un wakīl qu'avec l'assentiment de son adversaire[6].

Le ḳāḍi conserve en tout cas une liberté d'appréciation dans l'admission du mandataire judiciaire d'un plaideur. Nous venons de

(1) On entend par absence le fait de se trouver à une distance de trois journées de marche. (2) Saraḫsi, XIX, 7. (3) Ḳāḍiḫān, III, 7.
(4) Ibn Farḥūn, I, 125 ; II, 148. (5) Ḳāḍiḫān, III, 7. Sur la théorie de l'abus de droit en droit musulman, cf. Fatḥy, *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, Tome I des *Travaux du Séminaire oriental d'études juridiques et sociales*, 1913 ; Tyan, *Respons. délict.* 218 ss. (6) Ibn Farḥūn, *ibid.*; Ġazāli, *Waǧīz*, I, 113.

voir une application de cette idée dans le cas du plaideur de mauvaise foi. Même en dehors de ce cas, le juge peut refuser à un plaideur l'autorisation de se faire substituer par un mandataire, s'il lui apparaît que les déclarations personnelles du plaideur sont plus utiles à la manifestation de la vérité[1]. On admet aussi qu'il n'est pas permis d'accepter un mandat judiciaire dans les causes manifestement injustes[2]. D'autre part, le juge peut interdire à un plaideur — pour tel motif particulier — l'exercice de son droit de comparaître personnellement en justice et l'obliger à se faire représenter par un mandataire. Ainsi, la femme « qui se distingue par sa beauté et sa « belle voix » ne peut faire valoir elle-même ses prétentions devant le juge[3].

Quant à la pratique, elle s'est établie généralement dans le sens de la faculté reconnue à tout plaideur de se faire substituer en justice par un mandataire sans l'assentiment de son adversaire, suivant l'enseignement de la doctrine malékite[4]. Un texte de la Mağalla ( art. 1516 ) tiré de la doctrine ḥanafite dans son dernier état, consacre cette pratique, même dans les pays où prévalait l'opinion restrictive.

En principe, aucune restriction n'est imposée en ce qui concerne le nombre de wukalā' qu'un plaideur peut avoir. Cependant, d'après l'Ecole malékite, cette règle souffre exception lorsque le plaideur entend donner à son représentant le pouvoir d'acquiescement et d'aveu ; dans ce cas, un seul mandataire est autorisé[5].

La conclusion du mandat judiciaire se fait soit verbalement, soit par écrit. Le mandat verbal comporte deux modalités quant à son mode de preuve. Les parties peuvent conclure le contrat en présence de deux témoins qui viendront au début du procès, confirmer le mandat, par une déposition devant le juge. Mais si le juge connaît personnellement l'identité du mandant, le mandat pourrait être établi par une simple déclaration du mandant, faite en présence du mandataire, à l'audience[6]. Cependant l'usage de la conclusion du mandat par écrit semble avoir prévalu. Des formules de procuration sont adoptées par la pratique, et on les trouve rapportées dans divers ouvrages[7] et, notamment, les traités de notariat. Ces procura-

(1) Ḫušāni, 63. (2) Ibn Farḥūn, I, 127. (3) Ibn Farḥūn, I, 35. (4) Ibn Farḥūn, II, 148, (5) Ibn Farḥūn, I, 124. (6) Saraḫsi, XIX, 16. (7) Cf. par ex., Nuwayri, IX, 135.

tions écrites sont passées devant témoins et produites en justice par le mandataire.

Le pouvoir de représentation judiciaire peut résulter implicitement des termes d'un autre mandat. Ainsi, le mandat de recevoir paiement d'une dette ou d'opérer un partage donne pouvoir au mandataire de réclamer en justice la dette ou d'intenter l'action en partage judiciaire[1].

## §. 3. — Effets du mandat

Le rôle du mandataire judiciaire ne se limite pas à la plaidoirie devant le juge, mais comprend tous les actes de nature quelconque, nécessaires pour la conduite du procès. Les mandataires sont — pour employer des termes de procédure française — à la fois des avocats et des avoués. En tous cas, en ce qui concerne l'activité du mandataire devant le juge, on peut faire la même observation que celle que faisait Bethmann-Hollweg, pour les avocats du Bas-Empire. « On « ne trouve rien qui ressemble aux plaidoiries de la vieille Rome, du « Moyen-Age ou des temps modernes... Le talent des avocats pouvait « donc, à ce qu'il semble, se manifester moins en de grands discours « suivis que dans l'habileté avec laquelle ils exposaient le détail de « la cause et savaient repousser les attaques ou les exceptions de « l'adversaire[2] ». L'éloquence judiciaire est un art littéraire inconnu en Islam, et l'on rechercherait vainement, semble-t-il, dans la littérature arabe et les annales historiques, la mention d'un personnage qui s'y serait distingué.

Les pouvoirs du mandataire dépendent naturellement des termes de la procuration qui lui est donnée. Mais, à défaut de stipulation formelle contraire, ces pouvoirs comportent les actes ordinaires de la représentation judiciaire, Cependant, la doctrine ḥanafite enseigne, en principe, une opinion contraire ; que, notamment, le mandataire, même sans pouvoir spécial, a droit de recevoir paiement des sommes dues à son client. Car, dit-on, « le pouvoir de faire un acte « implique le pouvoir d'assurer son exécution, et le paiement n'est « que le parachèvement de la procédure judiciaire ( الخصومة ) ». Mais

(1) Sarabsi, XIX, 12. (2) Collinet, *op. cit.*, 344.

cette doctrine reconnaît elle-même que la pratique a prévalu dans le sens restrictif (الفتوى عليه اليوم)[1]. On justifie cette pratique par les abus auxquels donnerait lieu l'opinion contraire, étant donné l'immoralité qui caractérise les praticiens du mandat judiciaire, les wukalā' (لظهور الخيانة في الوكلاء). Dans le même sens, on dit que « les « personnes habiles dans la conduite des procès n'inspirent généra- « lement pas confiance suffisante en leur fidélité » ( à ne pas détourner les biens à eux confiés )[2].

De même, suivant la doctrine et la pratique unanimes, les actes de disposition restent en dehors des pouvoirs du mandataire judiciaire. Il ne peut transiger, remettre une dette, aliéner à titre onéreux ou gratuit. Une question intéressante se pose au sujet de l'aveu. Le *wakīl* peut-il, sans pouvoir exprès, reconnaître le droit invoqué par l'adversaire de son client ? D'après une première opinion attribuée à Zufar et Šāfi'i, le wakīl n'aurait pas « pouvoir d'aveu ». Mais la majorité de la doctrine enseigne l'opinion contraire. Cependant, dans la pratique, inspirée toujours par la méfiance contre les wukakalā', les actes de procuration excluent formellement du mandat judiciaire un tel pouvoir[3].

Le mandat de défendre à une action donne pouvoir au mandataire de se présenter devant toute juridiction compétente ; et même, si la procuration porte indication d'une juridiction déterminée, on reconnaît que le mandataire garde le pouvoir de défendre à la même action qui apparaîtrait comme relevant de la compétence du juge d'un autre ressort[4].

Le mandat judiciaire peut être gratuit ou salarié. Le mandat gratuit est un contrat de bienfaisance qui oblige le mandataire par le fait de son acceptation. Quant au mandat salarié, le droit musulman évolué, reconnaît qu'il se transforme en un contrat de louage. Le salaire stipulé par les mandataires judiciaires est une véritable rémunération d'un service, que rien ne distingue du salaire ordinaire de toute personne qui loue ses services. Il n'a jamais eu ce caractère de « tribut spontané de la reconnaissance du client », comme on disait anciennement en France. Dans le droit musulman, la notion

(1) Uzağandi, III, 120 ; Sarahsi, XIX, 11 ; Dāmād, II, 241 ; Ibn Nuğaym, VII, 178.
(2) Marğināni, III, 120 ; Sarahsi, XIX, 12. (3) Ḳāḍiḫān, III, 7.
(4) Sarahsi, XIX, 24.

spéciale d'honoraires n'existe pas. Le salaire peut affecter des modalités diverses. Il peut être stipulé au comptant ou à terme, pour un acte déterminé ou pour l'ensemble d'une procédure. Dans ce dernier cas, l'obligation du mandataire est considérée comme exécutée s'il se présente à l'audience et y reste jusqu'à sa levée, même si l'adversaire du mandant ne s'y présente pas et que les débats, de ce fait, n'ont pas pu avoir lieu ; et le salaire stipulé est alors entièrement dû, sans que le mandataire soit tenu d'assister son client à une audience ultérieure.

La question est discutée de savoir si la stipulation de salaire, sous la condition du succès de la cause, est valable. D'après une opinion attribuée à Ibn Al-Ḳāsim — auteur malékite —, cette stipulation conditionnelle est nulle et le mandataire n'aurait droit qu'à un salaire librement arbitré par le juge, en considération du travail fourni et conformément aux usages courants (اجر المثل). D'après une autre opinion, attribuée à Mālik, la stipulation conditionnelle du salaire, valable en droit strict, est cependant moralement blâmable ; on s'accorde, en effet, pour reconnaître que cette pratique incite à la chicane et détourne le mandat judiciaire de sa véritable destination. Quoi qu'il en soit, l'opinion a prévalu d'admettre la validité de la stipulation conditionnelle de salaire, « à raison des nécessités de la pra- « tique » ; entendons par là, que cette modalité était entrée dans les mœurs et devenue d'usage constant.

## §. 4. — Extinction du mandat

Les causes d'extinction du mandat sont en principe les mêmes que celles du mandat ordinaire, telles que le décès de l'une ou de l'autre partie, la révocation, l'exécution de l'objet du mandat. Mais, en cette matière encore, le mandat judiciaire comporte quelques règles particulières, commandées par sa fonction sociale. Le décès du mandant n'emporte pas extinction du mandat judiciaire dans un cas spécial, celui où le mandataire est sur le point de terminer sa mission, où les débats approchent de leur fin. Le mandataire poursuivra l'exécution de son mandat, pour le compte des héritiers, qui n'auront même pas le droit de le révoquer[1]. La révocation du mandat par le

(1) Ibn Farḥūn, I, 125.

client comporte aussi des restrictions notables. On admet que, lorsque le mandataire a déjà soutenu la cause de son client devant le juge à trois audiences successives, le mandant n'a plus le droit de le révoquer, même dans le cas du mandat gratuit, à moins qu'on ne relève à la charge du wakīl une faute professionnelle grave, telle que la collusion avec l'adversaire ou un dol quelconque. A plus forte raison, décide-t-on que le wakīl ne peut être révoqué si les débats sont sur le point d'être clos. Par ailleurs, les règles de la révocation du mandataire diffèrent suivant que le mandat est gratuit ou salarié. Dans le cas de mandat gratuit, la révocation ne subit que les restrictions déjà indiquées. Mais dans le mandat salarié — auquel on assimile tous les cas où un tiers aurait intérêt au mandat[1] ou lorsque l'intérêt du mandataire consisterait en autre chose qu'un salaire — on décide, par analogie avec le contrat synallagmatique de louage, que le mandat ne peut pas être révoqué par la seule volonté du mandant, à moins que ce dernier n'ait de justes raisons de retirer sa confiance à son représentant. Dans le cas spécial où un wakīl est désigné à un défendeur défaillant, sur la requête du demandeur, la révocation ne peut intervenir que si le défendeur comparaît en personne et prononce cette révocation à la face de son adversaire, ce qui permettra la continuation des débats, étant donné qu'en principe, le droit musulman ignore la procédure de défaut[2]. Réciproquement, dans tous les cas où le mandant ne peut révoquer unilatéralement son mandataire, ce dernier ne peut renoncer à son mandat sans le consentement du mandant. Par ailleurs, le mandataire jouit de la liberté de renonciation au mandat dans les mêmes conditions où le mandant peut le révoquer. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, la renonciation ou la révocation ne produisent effet qu'après notification à l'intéressé[3].

Le droit du juge de refuser à un plaideur de mauvaise foi l'assistance d'un wakīl implique son droit de destituer un wakīl déjà en exercice, lorsque sa mauvaise foi se manifeste au cours de procès.

Le mandat judiciaire s'éteint-il par le laps de temps ? Les auteurs ḥanafites et šafiites ne soulèvent pas cette question; et il semble — étant donné, au surplus, le rôle très restreint que jouent la prescription et la péremption dans le droit musulman — que l'écoulement

(1) Comme dans le cas où un wakīl est désigné à un défendeur défaillant sur la requête du demandeur (art. 1521, *in fine*, de la Maǧalla). (2) Saraḫsi, XIX, 6-7. Cf. sur la question en général Tyan, *La procédure du « défaut » en droit musulman* in *studia islamica*, Fasc. VII, p. 115 s. (3) Maǧalla, art. 1523, 1524.

d'un laps de temps ne produit aucun effet sur le mandat. Cependant, dans la doctrine malékite, la question est discutée. D'après une opinion attribuée à Saḥnūn, si un wakīl, chargé des intérêts d'un client, ne commence à agir qu'après l'écoulement d'une durée de deux ans, le juge ne devra admettre ce wakīl qu'après avoir demandé au mandataire s'il entend persister dans sa procuration. Suivant d'autres auteurs malékites, après l'écoulement d'un simple délai de six mois, le mandat est périmé ; et le wakīl qui voudrait alors agir au nom de son client devrait se faire délivrer une nouvelle procuration[1].

## §. 5. — Moralité des wukala'

L'état des mœurs des hommes de loi constitue un des aspects les moins flatteurs de la moralité publique[2]. Les professionnels du mandat judiciaire n'ont pas échappé à cette loi générale. On pourrait leur appliquer presque mot à mot la description que faisait l'historien Ammien Marcellin, des avocats et hommes de loi d'Orient, vers la fin du IVe siècle de l'ère chrétienne. « En Orient, un « mal funeste minait l'intérieur de l'Etat... Plus d'obstacles désormais « à l'odieuse collusion des avocats et des juges... Les pratiques des « avocats d'Orient en ont fait un objet d'aversion pour les honnêtes gens... Aujourd'hui les tribunaux d'Orient sont infestés d'une espèce « pernicieuse... qu'on dirait douée du nez des chiens de Sparte ou « de Crète pour dépister les procès et découvrir où gît le litige[3] ». Les documents historiques les plus authentiques paraissent confirmer pleinement cette comparaison. Dans son Traité de droit public, Ibn 'Abdūn réprouve sans restriction la profession des mandataires judiciaires. « On devrait à tout prix interdire l'exercice de leur profes- « sion ; car elle ne s'exerce que dans le but de frustrer les gens de « leurs biens par des moyens illicites. On n'a recours, en effet, aux « services de ces *ḫuṣamā'* que dans le seul but d'obtenir un avantage « contrairement à tout droit, grâce aux artifices de langage, aux bas- « ses flatteries, aux mensonges, dont ils sont coutumiers dans leurs « démarches auprès des juges... La pureté des mœurs, l'amour du « bien, la science, la probité, ce sont là des qualités qu'on ne trouve

(1) Ibn Farḥūn, I, 124. (2) Sur la moralité du personnel judiciaire, cf. *infra*, chap. III. (3) Ammien Marcellin, XXX, 4.

« pas chez les mandataires judiciaires... Il ne doit pas être permis à « l'un d'eux de se charger des intérêts d'une femme, car,... le pre- « mier soin de ce mandataire serait de la séduire... J'ai été témoin « personnellement d'abus de ce genre, et j'ai entendu certains man- « dataires se glorifier de certains exploits dans ce domaine[1] ». Dans un autre passage, Ibn 'Abdūn ajoute que « les grandes affaires sont « celles qui plus particulièrement donnent lieu à des trafics de la « part des ḫuṣamā', qui cherchent à dévoyer la justice[2] ». On doit rappeler ici la considération qu'invoquent tous les juristes pour interpréter restrictivement les pouvoirs des mandataires judiciaires. Ils ne doivent pas avoir qualité de recevoir paiement des sommes dues à leurs clients, « à cause de leur infidélité ». « La plupart d'entre « eux, ajoute un autre auteur, ont peu de religion et reçoivent des « cadeaux des deux parties. Si, au lieu de recourir à des interme- « diaires ( les wukalā' ), les deux parties étaient appelées en même « temps devant le juge, la vérité jaillirait sans peine du choc de leurs paroles, et il y aurait profit à se passer de ces agents[3] ».

Dans les diplômes d'investiture, une formule est devenue de style, recommandant au magistrat de se méfier constamment des wukalā', qui assiègent sa porte. Cette recommandation contient, de la part de l'autorité supérieure, des appréciations d'une extrême sévérité. Ainsi, dans un diplôme de l'année 730/1329, portant nomination d'un ḳāḍi à Alexandrie, il lui est prescrit de « se méfier des wū- « kalā', dont certains font apparaître le doute comme une certitude « et la certitude comme une chose douteuse[4] ». Les wukalā' sont des « hyènes féroces et des loups affamés[5] ». D'après un autre diplôme, délivré en 595/1198 au ḳāḍi al-ḳuḍāt, Ibn Bindār, les wukalā' sont un châtiment infligé à l'humanité... « Le ḳāḍi est invité à débarrasser « l'humanité de ce groupe d'individus réputés pour les embûches « qu'ils dressent,... à en purifier son prétoire qui ne doit pas être un « lieu d'iniquités et de mensonges[6] ». Par ailleurs, tous les diplômes contiennent le passage suivant, — hyperbolique, conformément aux usages de style de l'époque : — «Les wukalā' sont une véritable plaie, « ce sont des démons qui trompent leurs clients... Leur place est en

(1) Ibn 'Abdūn, *op. cit.*, 203. (2) Ibn 'Abdūn, *ibid.* Cf. le texte complet de la diatribe de Ibn 'Abdūn contre les avocats, *in* Gaudefroy-Demombynes, *Rev. ét. isl.* 1939, 137 ) ; *adde* un autre jugement aussi sévère, dans le *Ma'ālim al-ḳurba*, traité égyptien du 14e s. ( *Ibid.* ). (3) Behrnauer, 73. (4) Ḳalḳ., XI, 413. (5) Ḳalḳ., XII, 42. (6) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 94 s.

« enfer... Que le juge les empêche de réussir dans leurs desseins « pervers... Qu'il purifie sa porte de ces agents, etc.[1]... ».

Des recommandations analogues sont faites, dans les traités de droit, aux mufti, afin qu'ils évitent de délivrer aux wukalā' des consultations qui pourraient les aider à faire prévaloir en justice des causes injustes ; car, dit-on, ces wukalā' cherchent par tous les moyens à faire aboutir les prétentions de leurs clients. Ils possèdent un art consommé à inventer des détours et des ruses ( حيل ), à commettre des falsifications, à détourner les mots de leur véritable sens, à représenter l'injustice sous les apparences de la justice[2].

Ces wukalā' n'attendent pas, en général le client, dans leurs bureaux ou à leurs domiciles. L'endroit habituel où on les trouve, c'est au seuil des prétoires. « Ils se tiennent à la porte des ḳāḍi », comme disent les textes, à l'affût du client. La mention de cette circonstance suit d'ordinaire le terme de « mandataire » comme une appellation des mandataires judiciaires. Ainsi, Ibn Farḥūn, rapportant une anecdote relative à un ḳāḍi de Baṣra, de la fin du IIe siècle H., qui reçut un jour la visite de deux de ces mandataires, les désigne par ces mots « كانا ممن يتوكلان في ابواب القضاة ». Dans un autre texte, de Ibn Ḥağar, les wukalā' exerçant dans un ressort, sont appelés « les mandataires, « se tenant à la porte du tribunal ( الوكلاء بباب الحكم )[3] ».

Ce qui donne toute leur valeur à ces appréciations sur la moralité des professionnels du mandat judiciaire, c'est qu'elles ne sont pas tirées d'ouvrages de polémique et de satire ou de la littérature courante, mais qu'elles figurent dans des actes officiels, des traités de droit et sont l'expression de l'opinion même des autorités publiques et de la doctrine juridique. Ce qui est encore plus frappant, c'est qu'aucune note discordante ne semble venir contredire cet ensemble d'appréciations sévères ; on ne trouve, à notre connaissance, aucun texte, dans la littérature courante ni dans les ouvrages historiques ou de droit, qui fasse ressortir tout au moins l'utilité pratique de la

(1) 'Umari, 117; Ḳalḳ., XI, 197 الوكلاء هم البلاء المبرم والشياطين المسولون لمن توكلوا له بالباطل ليقضي لهم به وانما يقطع لهم قطعة من جهنم فليكفّ بهابته وساوس افكارهم ومساوي فجارهم ولا يدع لجنى احد منهم ثمرة الا ممنوعة ولا يد اعتداء الا مغلولة الى عنقه او مقطوعة وليطهر بابه من دنس الرسل الذين يعيشون على غير الطريق *Adde* Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 96.

(2) Ibn 'Abdīn, IV, 419.

(3) Ibn Farḥūn, I. 38.

profession du mandat judiciaire ou qui exhalte la valeur morale de tel ou tel wakīl. Aussi bien, aucune place n'est faite à la profession de la wakāla dans les annales et chroniques d'histoire : alors que, dans ces ouvrages figurent des biographies ou des anecdotes relatives à des mufti, conseillers ( mušāwar ), greffiers, notaires, aucun wakīl ne paraît avoir été jugé digne de la moindre mention.

## §. 6. — La discipline des wukala'

Le pouvoir réglementaire et disciplinaire qu'exerçent les magistrats sur les wukalā' de leurs ressorts n'est qu'une des manifestations du pouvoir disciplinaire qu'ils possèdent sur tous les auxiliaires de justice et les personnes qui s'adonent à une activité judiciaire quelconque. Ce pouvoir est reconnu aux magistrats dans les diplômes mêmes de leur nomination, où il leur est formellement prescrit, en termes généraux, de prendre toutes les mesures adéquates pour veiller au bon exercice de la profession et réprimer les abus commis par les wukalā'. Ibn 'Abdūn formule cette règle[1]. Dans certains diplômes, il est prescrit au juge de procéder à un examen de la situation et de la conduite des wukalā' de son ressort et d'interdire l'exercice de la profession à tous ceux qui en seraient indignes[2].

Cette autorité et les sanctions dont il peut faire application, le ḳāḍi les rappelle aux wukalā', au cours d'une solennité, qui a lieu immédiatement après la cérémonie de son installation. A la première audience qu'il tient, le juge convoque les wukalā' de son ressort et après leur avoir lu un passage du Coran ( Sūrat *Al-'Aṣr* ), il leur fait les recommandations appropriées[3].

Les textes nous rapportent des exemples caractéristiques d'exercice de ce pouvoir réglementaire et disciplinaire. Le ḳāḍi d'Egypte, Al-Fāriḳi, de la fin du IVe siècle H., interdit aux wukalā' de son vaste ressort d'exercer leur profession au profit de toute une catégorie de justiciables, les non-msulmans ou ḏimmi[4]. Le juge peut aussi limiter le nombre des wukalā' qui exercent dans son ressort[5]. Le magistrat a un pouvoir arbitraire dans l'application des peines disciplinaires.

(1) V. *supra*, 272, n. 1 et 2. (2) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 96. (3) *Wulāt*, 589. (4) *Wulāt*, 607. (5) Ibn 'Abdūn, *op. cit.*, 203.

Au milieu du IIIe siècle H., des wukalā' de Cordoue s'étant rendus coupables d'un manque de respect à l'égard du grand juge d'Espagne, ce dernier leur interdit l'accès de son tribunal pendant une année entière, « les réduisant presque à la misère[1] ». Dans tous les cas où il apparaît au magistrat qu'un wakīl commet des abus dans l'exercice de sa profession, il peut soit le révoquer d'office de son mandat dans l'affaire où l'abus a été relevé, soit même lui interdire entièrement l'exercice de la profession[2].

De ce pouvoir général du magistrat, il faut rapprocher son droit d'aviser à la désignation des wukalā' d'office aux justiciables dignes d'intérêt, qui n'ont pas les moyens d'engager eux-mêmes un défenseur[3].

Concurremment avec le ḳāḍi, un fonctionnaire administratif, le *muḥtasib*, exerce, tout au moins dès le VIIe siècle H., la discipline sur les défenseurs en justice. Dans les traités de *ḥisba* de cette époque, comme celui de Ibn Bassām, un chapitre spécial est consacré à cette attribution des *muḥtasib*. Ils doivent veiller à ce que les avocats ne se fassent corrompre par les adversaires de leurs clients, qu'ils n'incitent pas ces clients à renier leurs aveux etc... Le cas échéant, les sanctions applicables peuvent être la peine du fouet, et même l'exclusion de la profession[4].

---

## Section VIII. — L'audience du kadi

### §. Ier — Le prétoire

La consécration d'un local spécialement destiné à la tenue des audiences judiciaires est restée inconnue dans les pays d'Islam, jusqu'à l'introduction de cet usage, par l'empire ottoman, sous l'influence des coutumes occidentales. Pour s'expliquer le choix du lieu qui

(1) Ḫušāni, 109, (2) Ibn Farḥūn, I, 124, 127. (3) Behrnauer, *op. cit.*, 73. (4) Ibn Bassām, *Manuscrit*, Bibliot. Orient. Univ. St Joseph, Beyrouth, n. 250, 126.

a été fait par les ḳāḍi du lieu où ils devaient rendre la justice, il est nécessaire de se référer aux origines mêmes de l'organisation judiciaire kadiale et aux principes qui ont régi la compétence des ḳāḍi, dans les premiers temps de l'Islam. Nous avons déjà vu en étudiant cette question des origines, que la justice s'est organisée, dès le principe, dans les communautés musulmanes, sur la base du statut personnel et religieux des justiciables : le ḳāḍi était, comme il l'est resté dans une large mesure et très longtemps, le juge des adeptes de la nouvelle religion. Or, les mosquées n'étaient pas seulement des temples consacrés à la prière, mais aussi des lieux de réunion où se discutaient les affaires intéressant la nouvelle communauté. C'était encore dans les mosquées que les *ḳuṣṣās* racontaient les traditions et légendes ; que l'enseignement religieux se donnait[1]. La mosquée constituait une sorte de *forum*. Elle était, donc, tout désignée pour servir de prétoire au ḳāḍi.

Un des plus anciens — sinon le plus ancien — documents relatifs à cette matière est un texte du recueil des Aġāni qui nous représente le poète Aḫṭal, quoique chrétien, se rendant à la mosquée pour rendre la justice entre les Bakrites[2]. Plus tard, dans la première moitié du IIe s. H., le ḳāḍi d'Egypte, « Ḫayr ibn Nu'aym ( 120/737 - « 127/744 ), dit Kindi, rendait la justice aux musulmans à la mosquée ». L'usage est le même dans une autre partie du monde musulman, en Andalousie. Les ḳāḍi de Ḳurṭuba ( Cordoue ), sous le règne de 'Abd Al-Raḥmān ibn Al-Ḥakam, tenaient ordinairement leurs audiences à la mosquée[3]. De même, Hārūn ibn 'Abdallah, ḳāḍi du début du IIIe siècle H., tenait audience à la mosquée de la ville[4]. Le ḳāḍi Ibn Al-Munkadir ( 212/827 - 214/829 ) appliquait même des mesures répressives à l'intérieur de la mosquée[5].

Mais cet usage lui-même n'est pas rigoureux, en ce sens que l'audience du ḳāḍi ne devait pas obligatoirement se tenir à la mosquée. Le choix de la mosquée est, en effet, justifié par les auteurs, non seulement par le fait que l'administration de la justice est considérée comme l'accomplissement d'un acte religieux, mais aussi parce que ce lieu est le plus facilement reconnaissable par les plaideurs, en particulier ceux qui sont étrangers à la ville[6]. En principe,

(1) Amīn, *Ḍuḥa*, II, 52 ; *Wulāt*, 406. (2) *Aġāni*, VII, 179 ; V. *supra*, 173
كانت بكر بن وائل اذا تشاجرت بشيء رضيت بالاخطل وكان يدخل المسجد فيقدمون اليه
(3) Ḫušāni, 94. (4) *Wulāt*, 444. (5) *Wulāt*, 439.
(6) Dāmād, II, 157.

le juge musulman peut valablement tenir audience là où il veut, à condition que ce soit un lieu accessible aux justiciables. Dans le sens de ce pouvoir du ḳāḍi, on rappelle le principe que, l'exercice de la justice n'est pas conditionné par un lieu déterminé (لأن عمل القضاء لا يختص بمكان)[1]. C'est ainsi que, d'après les traditions les plus anciennes et qui, quoique très vraisemblablement apocryphes, traduisent l'opinion courante, le juge peut tenir audience dans son propre domicile. Le légendaire Šurayḥ rendait souvent la justice « dans sa maison[2] ». Un ḳāḍi de Kūfa se tenait à la porte de son domicile pour juger les litiges[3]. Un ḳāḍi de Cordoue, du IIe siècle H., ne tenait ses audiences que chez lui. Un autre ḳāḍi de Cordoue, sous le règne de Ibn Al-Ḥakam, tenait parfois ses audiences chez lui, « tandis que son do-« mestique tissait dans une autre partie de la maison[4] ». A la rigueur, le ḳāḍi peut même rendre la justice sur la voie publique, dans les marchés. On rapporte « avoir vu le ḳāḍi Yaḥya ibn Ya'mor, monté « sur un âne, s'arrêter dans le *sūḳ* (marché) et sur la voie publique. « pour entendre des plaideurs et statuer sur leur procès[5] ». Même, à des époques beaucoup moins reculées, certains ḳāḍi ne répugnaient pas à tenir audience sur la voie publique. C'est ainsi que Ibn Ḥağar rapporte que Ibn Ǧabr, ḳāḍi d'Egypte au début du IVe siècle H., ayant rencontré des plaideurs dans une rue, fit étendre par terre un tapis sur lequel il s'assit, pour rendre la justice[6].

Ces différents usages furent consacrés par la doctrine classique. L'Ecole hanafite enseigne que le magistrat « doit tenir audience à la « mosquée de son quartier ou, de préférence, à la mosquée princi-« pale de la ville, si elle se trouve au centre de la ville. Si cette « mosquée est éloignée du centre de la ville, le magistrat choisira une autre mosquée rapprochée de ce lieu, ou la mosquée du mar-« ché. Il peut aussi tenir audience à son domicile s'il se trouve au « centre de la ville[7] ». La même règle est enseignée par l'Ecole malékite[8]. On est d'accord aussi pour admettre que le ḳāḍi peut rendre la justice sur la voie publique[9]. Mais il faut noter, par ailleurs, que rien n'empêche le magistrat de choisir un local distinct, consacré spécialement à la tenue des audiences. Dans le Maġreb, toutefois, il est interdit au juge à compétence restreinte, le *ḥākim*, de tenir au-

(1) Saraḫsi, XVI, 82. (2) Ibn Sa'd, VI, 92. (3) Ibn Sa'd, VI, 212.
(4) Ḫušāni, 90. (5) Ibn Sa'd, VII, 2, 101. (6) *Wulāt*, 542.
(7) Ḳāḍiḫān, II, 354 ; Dāmād, II, 157. (8) Ibn Farḥūn, I, 26 ; Ḫaraši, VII, 172.
(9) Uzağandi, III, 390.

dience à son domicile ; il ne peut le faire qu'à la mosquée ou dans un local spécialement affecté à cet usage[1]. Par conséquent, en principe, c'est à la mosquée que doit se tenir l'audience du juge ; le choix d'un autre lieu, spécialement le domicile du ḳāḍi, apparaît comme une simple tolérance[2].

En fait, c'est dans les mosquées, principalement, que, comme nous les représentent les textes, les tribunaux ont toujours fonctionné[3]. Lorsque les historiens décrivent les audiences que tiennent les ḳāḍi al-ḳuḍāt aux époques fatimite, ayyubite et mamluk, c'est à la mosquée que ces audiences sont tenues[4] ; — mais en fait également, le ḳāḍi tient parfois son audience chez lui[5].

Cependant, à cette coutume il y a une exception notable. Dans les contrées où a prévalu le maḏhab šafiite, la mosquée ne doit pas servir de prétoire. C'est une considération d'ordre religieux qui a amené cette doctrine à s'opposer ainsi à une tradition certaine en Islam. Il peut se trouver, en effet, parmi les justiciables, dit-on, « des païens ou des hommes qui sont en état d'impureté ». Or, la mosquée ne doit pas être accessible à ces personnes. Le ḳāḍi, par

(1) Ibn ʿAbdūn, *op. cit.*, 203. (2) Ibn Nuǧaym, VI, 278. (3) *Wulāt*, 594 ; Ibn Ḫallikān, II, 221. (4) Maḳrīzi, II, 246. Le passage de l'article de M. Pedersen dans l'Encyclopédie de l'Islam (V° *Masdjid*) dans lequel cet auteur affirme que « sous les Fatimites, l'usage s'était introduit que les ḳāḍi tiennent audience « dans leur maison » nous semble inexact. Ce fut seulement ʿAbd Al-ʿAzīz ibn Ḥayyūn, grand juge des Fatimites entre les années 394/1003 - 398/1007, qui, suivant le témoignage de Ibn Ḥaǧar, fit cesser l'usage ancien et tint ses audiences à son domicile (*Wulāt*, 594). Or, la dynastie des Fatimites d'Egypte date de l'année 358/968. Mais, quelque temps après la magistrature de Ibn Ḥayyūn, on voit le ḳāḍi al-ḳuḍāt Ibn Al-ʿAwwām (405/1014-418/1027) tenir audience à la mosquée (Abū al-Maḥāsin, éd. Poper, II, 69). M. Pedersen nous semble encore faire erreur en s'appuyant sur un texte de Ibn Ḥaǧar pour affirmer, avec précision, que ce fut Ibn Al-ʿAwwām qui fit reprendre l'usage ancien. Ce texte dit, en effet, que ce magistrat fut « le premier à transférer à la mosquée les *dīwān* « *al-ḥukm*, qui auparavant se trouvaient au domicile du magistrat ». Or l'expression, « *dīwān al-ḥukm* » désigne, non pas le prétoire du juge comme paraît l'avoir compris M. Pedersen, mais les archives du tribunal. L'interprétation que nous donnons du texte est confirmée par sa suite, d'après laquelle Ibn Al-ʿAwwām fit placer le *dīwān al-ḥukm* dans le local où était conservé le Trésor public (*bayt al-māl*) : on ne peut pas concevoir que, dans ce local tel qu'il était aménagé, une audience de justice pût être tenue. Par contre, il était naturel que des archives y fussent déposées.

D'autre part, Maḳrīzi et Ḳalḳašandi décrivant les audiences des ḳāḍi al-ḳuḍāt, à l'époque fatimite, les représentent comme étant tenues à la mosquée : ces auteurs ne prennent même pas soin d'indiquer l'usage exceptionnel et temporaire introduit par Ibn Ḥayyūn (Maḳrīzi, II, 246 ; Ḳalḳ., III, 486). (5) *Wulāt*, 594.

conséquent, doit tenir ses audiences dans un autre lieu, à son domicile ou ailleurs[1].

Souvent, le ḳāḍi d'une ville était de maḏhab ḥanafite ou malékite alors que l'autorité supérieure était de maḏhab šafiite ou avait une sympathie marquée pour ce maḏhab ; elle faisait alors défense aux magistrats d'avoir leurs tribunaux dans les mosquées. « J'ai vu « écrit dans l'ouvrage de Ibn Al-Ḳāsim Al-Ḍumayri, dit un texte, que « le calife Mustaẓhir ( 487/1094-512/1118 ) nomma un šafiite *muḥtasib* « de Bagdad. Ce dernier se rendit à la grande mosquée où tenait « audience le grand juge et lui défendit d'y siéger[2] ». C'est ce qui explique, sans doute, que le calife Mu'taḍid ait lui aussi interdit aux juges de Bagdad de tenir audience à la mosquée[3]. Cependant, on admet que le ḳāḍi peut y trancher occasionnellement quelques litiges[4].

Les ḳāḍi tiennent audience aussi dans les écoles ou *madrasa*. C'est tout naturel, puisque, souvent, les magistrats sont professeurs à ces mêmes écoles, et que, l'enseignement qu'ils y donnent est l'enseignement de la loi. Ainsi, à Damas, le kāḍi šafiite avait son prétoire à la madrasa 'Adilyya ; ses vicaires, à la madrasa Ẓāhiryya. Ibn Ḫaldūn jugeait dans la madrasa Ṣāliḥiyya. Ibn Baṭūṭa raconte qu'au VIII^e siècle H. le ḳāḍi de Šīrāz, tenait ses audiences à la madrasa Maǧdyya. Vers la fin du VII^e siècle, le ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte, Sinǧari, avait son prétoire à la madrasa Manṣūryya. Les ḳāḍi tiennent aussi audience au *dār al-'adl*, siège de la juridiction des *maẓālim*[5].

## §. 2 — Le règlement de l'audience

Dans la mosquée, le magistrat choisissait librement la place où il devait siéger. Certains magistrats, au III^e siècle H., siégeaient en hiver dans la partie supérieure de la mosquée, — en été au milieu de l'édifice, du côté de l'est[6]. D'autres magistrats s'asseyaient près de l'un des piliers de la mosquée, en s'y adossant[7]. Mais la coutume

(1) Šāfi'i, VI, 201 ; Dāmād, II, 157. (2) Behrnauer, *op. cit.*, 71. (3) Cf. *E. I.*, V° *Masdjid*. (4) Ġazāli, *Waǧīz*, I, 145. (5) Sur ces cas, cf. *E. I.*, V° *Masdjid*. (6) *Wulāt*, 444. (7) *Aġāni*, X, 123.

semble s'être établie en Orient que le ḳāḍi prenne place près du *miḥrāb*, et, au Maġreb[1], dans la cour de la mosquée (رحبة المسجد)[2].

Pour se rendre au siège de son tribunal, le ḳāḍi revêt ses meilleurs habits et il doit avoir l'esprit reposé et tranquille. Avant d'ouvrir son audience, le ḳāḍi fait une courte prière, consistant en « deux génuflexions ou, ce qui est mieux, en quatre génuflexions, et « il implore Dieu de l'éclairer dans l'exercice de ses fonctions et de « le préserver de toute erreur[3] ». Puis, en allant s'asseoir à sa place, il doit prendre une attitude qui marquera bien qu'il s'installe « pour « rendre la justice et non pour un autre acte de dévotion[4] ». En principe, c'est dans la position assise qu'il doit se tenir, et en fait, c'est toujours dans cette position assise, les jambes repliées sous lui (متربّع) que les textes représentent les ḳāḍi rendant la justice, d'où les termes جلس (s'asseoir) dans le sens de tenir audience, et (جلسة) pour désigner l'audience elle-même. Mais on admet, en doctrine, que le ḳāḍi peut s'étendre à demi sur le côté (متكئ)[5]. Suivant l'usage qui a été définitivement adopté en Orient, le ḳāḍi doit s'asseoir le dos appuyé au miḥrāb et par conséquent tourné vers le nord; c'est ainsi d'ailleurs que s'installaient les magistrats au IIIe siècle H.[6]. Mais, entre ces deux époques, les ḳāḍi se tournaient toujours vers le sud, qui est la position de la prière, le sud étant la direction du lieu saint de la Mecque[7]. Au Maġreb, on a toujours adopté cette dernière direction[8]. Dans sa description du décor de l'audience des ḳāḍi al-ḳuḍāt, Maḳrīzi note que jusqu'à une certaine époque, les magistrats s'asseyaient sur un matelas (طراحة) et s'adossaient à un coussin en soie ; puis l'usage s'établit, de sièges élevés et de matelas de soie très précieuse appelé *sāmān*[9].

Lorsqu'il est en audience, le ḳāḍi ne salue pas les plaideurs qui se présentent devant lui, de même que ceux-là n'ont pas à le saluer; mais s'ils le saluent, il doit leur rendre leur salut. Les témoins qui viennent déposer doivent saluer et le juge leur répondre[10].

1) Uzaġandi, III, 393. (2) Ibn Farḥūn, I, 26. (3) Uzaġandi, III, 390. (4) Dāmād, II, 157. (5) Uzaġandi, III, 399. (6) *Wulāt*, 444. (7) Uzaġandi, III, 393. (8) Ibn Farḥūn, I, 26. (9) Maḳrīzi, II, 246. Sur ce terme, V° Dozy, *Supplément*, V° سامان. (10) Uzaġandi, III, 391 ; Ḳāḍiḫān, II, 354 ; Kāsāni, VII, 10.

Aux côtés du juge, à sa droite et à sa gauche, prennent place les *šuhūd* ainsi que les membres du *consilium*[1]. Les dossiers des affaires sont placés à sa droite[2]. Tout près de lui, à une distance lui permettant de contrôler ce qu'il écrit, s'asseoit le greffier. L'huissier audiencier (*ǧilwāz*) se tient entre lui et les plaideurs, pour veiller à l'ordre ; et le planton ( *bawwāb* ) se tient à la porte et fait observer son rang à chaque plaideur. Les parties appelées se tiennent à une distance de deux coudées environ du siège du ḳāḍi. Anciennement, disent les auteurs, les plaideurs se tenaient assis, mais, à cause de certaines manifestations d'irrespect à l'égard de quelques magistrats, la coutume s'est établie de laisser les plaideurs debout ; cependant, le ḳāḍi a la faculté, suivant les circonstances et la qualité des plaideurs, de les autoriser à s'asseoir[3]. Dans le maḏhab malékite, on admet que les plaideurs, lorsqu'ils n'ont pas la parole, restent assis[4].

L'audience des grands juges est encore plus solennelle. A part les assistants qui l'entourent, se tiennent auprès du magistrat quatre greffiers, deux de chaque côté. Devant lui, est posé, sur une sorte de pupitre, un encrier en argent, qui lui est offert par le sultan. Cinq huissiers ( *ḥāǧib* ) assurent l'ordre à l'audience. Deux d'entre eux se tiennent auprès du magistrat, deux autres, au-devant de la *maḳṣūra*[5]. et le cinquième introduit les plaideurs, à tour de rôle[6].

Ces plaideurs doivent être traités avec une stricte égalité. Le rang auquel chacun doit se présenter devant le juge s'établit d'après le moment auquel il est arrivé à la porte du tribunal, et nous avons vu, par ailleurs, que le fonction du *bawwāb* ou du *ḥāǧib* consiste à fixer cet ordre d'arrivée. D'après Ibn Farḥun, le ḳāḍi établissait un rôle d'audience portant les noms des plaideurs, inscrits suivant l'ordre d'arrivée[7]. Quant à la fixation des affaires introduites à un jour déterminé, Saraḫsi indique le procédé suivant : les noms des plaideurs sont écrits sur des billets et ces billets sont répartis suivant les jours d'audience utiles de la semaine ; puis le juge tire au sort : les premiers billets sortis indiqueront les plaideurs qui passeront le premier jour et ainsi de suite[8]. Le même procédé de tirage au sort peut être appliqué entre les plaideurs dont les affaires sont fixées à

(1) Ibn Abdīn, IV, 433. (2) Uzaǧandi, III, 390. (3) Dāmād, II, 159 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 433. (4) Ibn Farḥūn, I, 32. (5) La *maškūra* est la loge réservée dans les mosquées au souverain et qui se trouve près du miḥrāb ( cf. *E. I.*, V° *Masdjid* ). (6) Maḳrīzi, *ibid.* (7) Ibn Farḥūn, I, 33. (8) Saraḫsi, XVI, 80.

un même jour et qui seraient arrivés simultanément[1]. Ḫušāni rapporte qu'un ḳāḍi al-ǧamā'a de Cordoue, du milieu du IIIe siècle H., ordonnait aux plaideurs d'écrire leur nom sur une feuille de papier; après avoir rassemblé toutes les feuilles, il les mélangeait, et tirait une feuille après l'autre en faisant comparaître les plaideurs suivant l'ordre de ce tirage[2]. S'il y a parmi ceux-là des personnes qui viennent d'un lieu éloigné, elles auront un tour de faveur, passant avant les habitants de la ville. D'autre part, si des femmes sont en litige entre elles, le magistrat leur réservera un jour d'audience distinct; en tous cas, elles doivent passer avant les hommes[3]. Le même principe d'égalité doit être observé lorsque les parties engagent le débat devant le magistrat. Aucune distinction ne doit être faite entre le riche et le pauvre, le puissant et le faible, l'esclave et l'homme libre, le musulman et le non-musulman. La doctrine insiste sur ce principe d'égalité. D'après une tradition, Abū-Yūsof s'appliquait d'une façon tellement scrupuleuse à éviter de traiter le musulman avec plus de faveur que le chrétien qu'il lui serait arrivé une fois de rompre cette égalité au profit du chrétien[4]. Cependant, d'après une opinion reçue dans le madhab šafiite, le ḳāḍi a la faculté d'accorder la préséance au musulman[5]. Maintes anecdotes sont rapportées où les magistrats sont représentés, jugeant des litiges entre le calife même et l'un de ses sujets et traitant ces deux plaideurs avec une stricte égalité[6].

L'audience du juge est publique. Le choix de la mosquée, lieu ouvert à toute personne, est d'ailleurs à cet égard significatif. Au surplus, c'est une prescription formelle que, suivant l'expression de Ibn 'Abdūn, « la porte du juge ne doit jamais être fermée ; qu'il ne « doit pas interdire l'accès des plaideurs » à son tribunal[7]. Lorsqu'il tient audience à son domicile, il doit « en ouvrir les portes, de telle « sorte qu'on puisse y entrer aussi aisément que dans les lieux publics[8] ». Šāfi'i, de son côté, insiste sur la même règle[9]. Une des raisons qu'invoquent les juristes pour justifier la règle de la publicité, c'est qu'elle a pour effet d'écarter toute suspicion contre le juge ( ذلك يكون ابعد عن التهمة )[10].

(1) Ibn Farḥūn, II, 90. (2) Ḫušāni, 120. (3) Ibn 'Abdūn, 262; Ġazāli, *Waǧīz*, I, 145; Ḫalīl, 245. (4) Saraḫsi, XVI, 62 s. (5) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 146. (6) Dāmād, II, 159; *Wulāt*, 356. (7) Ibn 'Abdūn, 200. (8) Ibn Farḥūn, I, 26. (9) Šāfi'i, VI, 201. (10) Saraḫsi, XVI, 82. Cependant, l'habitude qu'ont certains oisifs d'encombrer les salles d'audience n'est pas considérée avec faveur. La doctrine malékite décide qu'une personne qui serait venue trois fois de suite assister aux audiences du juge n'est plus recevable à déposer en justice ( Ḫaraši, VII, 227 ).

C'est aussi une des raisons pour lesquelles la doctrine condamne une pratique qui s'était généralisée au Ve siècle H., d'après laquelle les huissiers, postés à la porte du prétoire, faisaient payer une sorte de taxe aux justiciables, pour les autoriser à entrer ; « car, « dit-on, personne ne peut être empêché d'entrer à la mosquée et de « se présenter devant le juge[1] ».

## §. 3. — Jours et heures d'audience

On ne trouve pas dans les ouvrages de doctrine de règles concernant le nombre de jours que le ḳāḍi doit consacrer à ses audiences. En principe, le ḳāḍi a toute liberté en cette matière. Mais il ressort des textes de chroniques qu'en fait, les audiences étaient au nombre de deux par semaine. Des ḳāḍi d'Egypte, de la deuxième moitié du IVe siècle H., sont signalés comme tenant audience les lundi et jeudi[2]. Sous les Mamluk, le kāḍi al-ḳuḍāt tenait audience les mardi et samedi. Mais, par contre, au début du Ve siècle H., les ḳāḍi d'Egypte avaient quatre jours d'audience par semaine ; les dimanche, lundi, mardi et jeudi ; — le vendredi, il devait se trouver à la cour, avec la suite du calife ; le samedi, il rendait compte au calife de l'administration judiciaire du pays, le mercredi était consacré au repos[4].

En principe, il n'y a pas de jours fériés. Mais du fait que le ḳāḍi ne doit pas tenir audience les jours où des circonstances constitueraient un empêchement légitime pour les plaideurs, la doctrine enseigne que la justice doit chômer les jours de fêtes, telles que celles du *Naḥr* et du *Fiṭr*, les jours de départ du pèlerinage pour la Mecque et de son retour, les jours de départ des caravanes et dans toutes circonstances analogues, ( tels les jours de joie ou de deuil publics). De même, les jours particulièrement pluvieux, le juge doit s'abstenir de siéger[5]. Le vendredi n'est pas observé comme jour férié, sous réserve d'une opinion, d'après laquelle le vendredi doit être assimilé aux jours de cérémonies et de fêtes populaires[6].

(1) Saraḫsi, XVI, 81. (2) *Wulāt*, 594 ; Ibn Ḫallikān, II, 22 ; — Suivant une tradition, Dieu lui-même passe en revue et juge les actions des créatures les jours du lundi et du jeudi ( Ibn Al-Ḫaṭīb, III, 25 ). (3) Ibn Ḫallikān, II, 222. (4) *Wulāt*, 611, (5) Ḫaraši, VII, 173 ; Ibn Farḥūn, I, 28. (6) Ibn Farḥūn, *eod. loc.*

En tout cas, pendant le mois de ramaḍān, consacré au jeûne, les tribunaux chômaient. C'était comme des vacances judiciaires. Mais, à certaines époques et en Egypte tout au moins, un système de vacances judiciaires proprement dites a été réellement pratiqué, comme cela semble ressortir d'un texte de Ibn Badr. Parlant d'un ḳāḍi de Damiette du début du Ve siècle H., le chroniqueur dit ceci : Au mois de Ǧumāda al-āḫira de l'année 423/1031, le ḳāḍi Ibn Isḥāḳ partit pour le Caire, *suivant l'usage*, pour y passer les trois mois de raǧab, ša'bān et ramaḍān[1].

Il est recommandé au juge d'ouvrir son audience de bon matin. Un ḳāḍi d'Egypte, de la deuxième moitié du IIe siècle H., ayant pris l'habitude de tarder à se rendre à son tribunal, s'attira les remontrances du *ṣāḥib al-barīd*[2]. Cependant l'ouverture de l'audience ne doit pas avoir lieu avant le lever du soleil[3]. Mais, en principe, on enseigne que le magistrat fixe librement l'heure d'ouverture de son audience. « Il peut ou bien se rendre à son tribunal de bon matin..., « afin de ne pas laisser les plaideurs se presser à sa porte, ou bien « s'attarder chez lui en se préparant à son travail, par la consultation « de livres de droit et la méditation et sortir ensuite ». Jusqu'au coucher du soleil, le ḳāḍi reste en audience autant d'heures qu'il veut, tant qu'il ne ressent pas de fatigue.

## §. 4. — La police de l'audience

Nous avons déjà vu que des *a'wān* assurent, sous l'autorité du juge, l'ordre à l'audience. Nous avons à examiner maintenant le pouvoir qu'exerce le juge quant aux faits repréhensibles qui s'y produisent. Ce pouvoir est très large ; il s'exerce sur les plaideurs, les témoins et le public. Tout geste, toute parole, attitude, irrespectueux émanant de l'une de ces personnes présente à l'audience, est considérée comme repréhensible. Ainsi, est punissable, évidemment, le fait d'accuser le magistrat de s'être laissé corrompre ou simplement de l'accuser d'injustice ; — le fait de plaideurs qui, au cours des débats, s'adressent mutuellement des paroles injurieuses[4]. De simples paroles inconvenantes sont considérées comme portant

(1) *Wulāt*, 498, (2) *Wulāt*, 384. (3) Nuwayri, VI, 262 ; Saraḫsi, XVI, 80. (4) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 19 ; Dasūḳi, IV, 160.

atteinte à la dignité de l'audience et sont, par conséquent, punissables[1], tel le fait de dire à son adversaire qu'il est injuste[2]. Le fait de sourire sans motif peut être répréhensible[3] de même que le fait de s'asseoir de façon inconvenante[4]. Peu importe que l'acte ou l'attitude irrespectueux vise le magistrat lui-même ou un assistant, plaideur ou auditeur ou même une personne absente, telle qu'un mufti qui aurait délivré une consultation dans le procès, ou un témoin qui y aurait fait une déposition.

Le juge exerce ce même pouvoir répressif à l'égard des plaideurs de mauvaise foi manifeste. S'il apparaît, en effet, qu'un plaideur s'obstine sciemment et injustement dans ses prétentions ou qu'il fait des déclarations mensongères, le juge a le droit de le punir[5]. Cela apparaît comme une application de l'idée d'abus du droit d'action en justice. De même peut être puni le justiciable qui se renferme dans le mutisme refusant de répondre aux questions du juge ou aux allégations de son adversaire[6] ; A plus forte raison est punissable, comme délit commis à l'audience, le faux témoignage[7].

Des délits d'audience ou commis à l'audience, il faut rapprocher le refus par les parties de répondre aux injonctions du juge, le fait, par exemple, de ne pas comparaître à l'audience à laquelle on est convoqué[8].

Dans tous ces cas, il s'agit, bien entendu, d'une poursuite qui s'exerce immédiatement, suivant la procédure des délits d'audience, et non d'une action principale distincte. Les auteurs font d'ailleurs nettement la distinction entre ces deux procédures[9]. La preuve des délits commis à l'audience est tirée uniquement de la connaissance personnelle du juge[10].

Quant aux peines applicables, elles sont laissées à l'appréciation du juge, suivant le système du *ta'zīr*. On recommande seulement au juge, pour les actes irrespectueux, de commencer par réprimander verbalement le coupable et de ne passer à l'application d'une peine

(1) *'Iḳd*, anc. éd., I, 35. (2) Ḫaraši, VII, 171. (3) *Wulāt*, 439.
(4) *Wulāt* 392. (5) Ḫaraši, VII, 171 ; Šāfi'i, VI, 201. — Certains magistrats, du IIIe siècle H., par un excès manifeste du pouvoir, enjoignaient à des plaideurs qui avaient gagné leur procès, de cracher et de donner des coups de pied au visage de leurs adversaires ( *Wulāt*, 437 ). (6) Ḫaraši, VII, 288. (7) Ḫaraši, VII, 177.
(8) *Wulāt*, 439. (9) Ḫaraši, VII, 177. (10) Dasūḳi, IV, 160 ; Ḫaraši, VII, 171.

plus sévère qu'en cas de récidive[1]. Cette peine peut consister en des soufflets[2]. Mais la peine d'usage le plus courant est la bastonnade ou la fustigation. C'est le *ǧilwāz* ou *ṣāḥib al-maǧlis* qui applique ces peines. Le cas échéant, le ḳāḍi peut requérir à cet effet un agent du gouverneur ou de la šurṭa[3]. L'exécution se fait en public[4]. Une autre peine, spécialement applicable en cas de faux témoignage, consiste à promener le coupable, après lui avoir fait subir la bastonnade, dans les rues de la ville, en proclamant son délit. Le maximum de la peine de la bastonnade applicable au faux témoin est, en théorie, de quarante coups[5]. Le ḳāḍi peut aussi prononcer l'emprisonnement, même pour de simples paroles inconvenantes. La durée de l'emprisonnement est encore fixée arbitrairement par le juge[6].

Par un excès de sévérité, la fustigation est parfois appliquée avec une telle rigueur que la mort du coupable s'ensuit. Ibn Ḥaǧar rapporte qu'un plaideur ayant prononcé des paroles inconvenantes devant le ḳāḍi d'Egypte, Ibn Ḥayyūn ( 390/999 - 394/1003 ), ce dernier le fit frapper de mille huit cents coups de fouet et le fit promener ensuite dans les rues de la ville ; le malheureux plaideur mourut le jour même[7].

A partir de la fin du VII^e siècle H., en Orient, l'application de peines pour délits d'audience, tout au moins de la bastonnade et de la fustigation, semble tomber en désuétude. D'après Nihāyat al-arab ce n'est plus une obligation, mais une simple faculté pour le juge de munir son *ǧilwāz* d'un fouet ( *durra* ) ; et le même auteur ajoute qu'à la suite d'abus commis par certains vicaires d'un kāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte, ce dernier interdit l'usage de la bastonnade et de la fustigation dans toute l'étendue de son ressort[8].

---

(1) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 145. (2) *Wulāt*, 439. (3) *Wulāt*, 597.
(4) Ġazāli, *Waǧīz*, II, 145. Lorsque la bastonnade comporte seulement dix à vingt coups, elle s'exécute à la mosquée même ( *Wulāt*, 439 ; Ḫaraši, VII, 172 ).
(5) Šāfi'i, V, 245. (6) *Wulāt*, 439 ; *Ǧāmi'*, I, 19. (7) *Wulāt*, 597.
(8) Nuwayri, VI, 262.

CHAPITRE CINQUIÈME

# LES MŒURS JUDICIAIRES

## Section I. — L'enseignement de la doctrine

La différence est très grande, quant à la conduite morale des magistrats, entre l'enseignement de la doctrine et l'état réel des mœurs judiciaires. Autant les juristes se complaisent à détailler les règles de conduite que doivent observer les juges dans leur vie publique et privée, les vertus requises comme une condition non seulement de leur nomination mais même de leur maintien en fonction, de la validité de leurs jugements et de tous leurs actes officiels, autant, en général, la pratique tient peu compte de ces prescriptions. En fait, les mœurs judiciaires ont toujours été loin de répondre aux règles légales qui, de l'aveu même des auteurs, n'ont constitué qu'un idéal, qu'on déplore constamment n'être jamais atteint.

Telles que les exposent les auteurs ces règles se répartissent en trois catégories : la première concerne l'attitude du juge à son audience ; la deuxième concerne l'impartialité qu'il doit manifester à l'égard des plaideurs ; la troisième concerne la conduite du juge dans sa vie privée et dans ses relations avec ses collaborateurs et dans le monde.

Avant d'aborder l'étude détaillée de ces différentes prescriptions, il y a lieu de remarquer que, telles qu'elles ont été déterminées et fixées par les auteurs du III^e^ et IV^e^ siècles H., elles se sont transmises d'âge en âge, sans modification notable, se figeant dans une immobilité qui fait encore mieux ressortir leur caractère théorique et idéal.

I. — Le ḳāḍi ne doit tenir son audience que s'il se trouve dans

un parfait état de quiétude physique et morale[1]. Il doit être, comme le disent les textes, فارغ القلب، معتدل الحال. C'est cet état seul qui lui permet de se montrer attentif aux débats, de bien comprendre les arguments des plaideurs, de se maintenir dans une attitude de dignité et d'impassibilité, inhérente à l'exercice de la fonction judiciaire. En conséquence, le ḳāḍi se rendant à son prétoire doit avoir satisfait ses appétits, bien dormi, mangé à sa faim, étanché sa soif, etc... Il ne doit pas avoir l'esprit préoccupé par des soucis étrangers à sa fonction, être en état de colère ou même de très grande joie ou d'abattement moral. Que si, au cours de l'audience, il venait à se trouver dans l'un de ces états, ou à ressentir l'un de ces besoins, il doit suspendre son travail ; il devra agir de même s'il venait à ressentir un grand froid ou une grande chaleur, une indigestion ou toute autre affection qui serait de nature à détourner son attention des débats. A plus forte raison, les jours de jeûne, comme au mois de ramaḍān, il ne doit pas tenir audience ; et c'est pourquoi, il ne lui est pas loisible, en d'autres circonstances, de s'imposer un jeûne volontaire un jour d'audience. Pour les mêmes raisons, la prolongation de la durée de l'audience n'est pas recommandée : le juge doit se contenter de siéger quelque temps dans la matinée et dans l'après-midi (طرفا النهار), autant que peut le supporter son tempérament. C'est pourquoi aussi certains auteurs estiment qu'à une même audience, le juge ne doit pas autoriser que, dans une affaire, plus d'un ou deux arguments ou moyens juridiques soient soulevés et discutés, sauf le cas où le rôle du jour ne se trouverait pas chargé[2].

II. — Le juge doit se montrer d'une stricte impartialité à l'égard des justiciables, et cet esprit d'impartialité doit s'exercer aussi bien en public, lorsque les plaideurs se présentent devant le juge, à son audience, que dans toutes autres circonstances où il peut entrer en rapport avec eux[3]. Nous avons déjà indiqué l'attitude dans laquelle doit se tenir le juge à l'audience, et la stricte égalité qu'il doit observer, dans ses paroles et ses gestes, à l'égard de chacun des plaideurs. En dehors de l'audience, le ḳāḍi ne doit pas se départir de cette impartialité. C'est pourquoi, il est interdit au magistrat de recevoir chez lui l'un quelconque de ses justiciables, comme simple visiteur ou comme hôte, à moins que les deux adversaires ne soient reçus si-

(1) Nuwayri, VI, 261 ; Sarabsi, XVI, 79 ; Uzağandi, III, 398 ; Ibn Nuğaym, VI, 278.
(2) Ibn Nuğaym, VI, 279.
(3) Sarabsi, XVI, 81 s. ; Uzağandi, III, 392 ; Ibn Nuğaym, *ibid.*

multanément. Il est interdit au juge de s'entretenir confidentiellement avec un plaideur. A plus forte raison, le magistrat doit s'abstenir de faire lui-même des visites à l'un de ses justiciables ou de l'autoriser, dans une occasion quelconque, à l'entretenir de son affaire.

Dans le même ordre d'idées, les auteurs consacrent des développements détaillés à la question des cadeaux et présents. Comparant le présent ( *hadyya* ) avec la corruption ( *rašwa* ), la doctrine le définit : « le bien qu'on donne ( à un fonctionnaire public ) sans condition ( d'exécution d'un service ) مال يعطيه ولا يكون معه شرط »[1]. L'offre et l'acceptation des présents sont absolument interdites, non seulement dans les rapports entre le magistrat et les plaideurs, mais aussi dans les rapports entre le magistrat et toute personne en général, même n'ayant aucun intérêt dans un procès en cours. Cette dernière proposition est précisée par Māwardi : « Le ḳāḍi ne doit « recevoir des présents d'aucune personne relevant de son ressort « ( من اهل عمله ) ; car, dit notre auteur, cette personne peut éventuel- « lement se trouver engagée dans un procès devant ce magistrat[2] ». Le magistrat, comme tout autre fonctionnaire public, est rétribué par l'Etat pour ses services : percevoir des sommes supplémentaires constituerait un acte injuste et immoral, ce qu'on appelle, dans le langage théologico-juridique, le *suḥt* ( السحت ). Au surplus, l'acceptation d'un cadeau crée dans l'esprit du magistrat une tendance, peut-être inconsciente, à favoriser les prétentions de l'offrant, justiciable actuel ou éventuel[3]. C'est pourquoi, un proverbe couramment invoqué par les auteurs dit que « lorsque le présent entre par la por- « te, la probité sort par la fenêtre اذا دخلت الهدية من الباب خرجت الامانة « من الكوة ». D'ailleurs, le Prophète et les premiers califes auraient eux-mêmes condamné la pratique des cadeaux, suivant des ḥadīṯ que tous les auteurs se complaisent à rapporter, mais dont la teneur n'est pas la même dans tous les textes[4].

En principe, la règle est générale à toutes les fonctions publiques et religieuses[5]. Mais c'est en matière judiciaire qu'elle reçoit son application la plus rigoureuse : si, en effet, quelques auteurs

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 280. (2) Māwardi, 72. (3) Saraḫsi, XVI, 81 الهدية من جوالب القضاء. (4) Saraḫsi, XVI, 81 ; Nuwayri, VI, 251.
(5) Ibn 'Abdīn, IV, 431 s.

admettent que « l'imām de la mosquée et le mufti peuvent accepter « des présents », aucune opinion divergente n'est soutenue en faveur des magistrats judiciaires[1].

Que s'il arrive qu'un cadeau parvienne à un magistrat, sans sa connaissance ou contrairement à sa volonté, il doit le rendre à l'offrant, et, au cas d'impossibilité ou d'ignorance de l'identité de celui-ci ou si la restitution peut entraîner un préjudice pour lui, le cadeau doit être versé au Trésor public ; et il sera considéré juridiquement comme une *res derelicta* ( لقطة ).

La prohibition légale ne concerne pas seulement les présents offerts avant le jugement d'une affaire, mais même ceux offerts après le desaisissement du juge, « en guise de remerciements, car le ma- « gistrat en rendant son jugement n'a fait qu'accomplir un devoir « de sa charge[2] ».

Cependant la doctrine admet quelques tempéramments à la règle, conciliables avec son esprit et sa raison d'être. Ainsi, il n'est pas interdit au juge d'accepter un présent qui lui serait offert par un proche parent ( محرّم )[3], ou par une personne qui avait l'habitude de lui offrir des présents avant sa nomination. Mais, dans ce dernier cas, la quantité et la valeur des présents offerts au magistrat après sa nomination, ne doivent pas être supérieures à celles des présents qu'on avait l'habitude de lui offrir auparavant[4]. On admet de même qu'il est loisible au juge d'accepter les présents de la part du sultan ou des gouverneurs de province dont il tient lui-même son autorité ou qui ont préséance sur lui. Cependant, dans tous ces cas, l'acceptation du présent n'est admise qu'à une condition, à savoir que l'offrant ne soit pas engagé dans procès pendant devant le juge.

*La rašwa.* — Les auteurs traitent avec la question des présents,

(1) Ḳāḍiḫān, II, 351 ; Ibn Nuǧaym, VI, 280. (2) Nuwayri, *eod. loc.*
(3) Le cousin germain n'est pas considéré dans ce sens comme proche parent : Ibn Nuǧaym, VI, 280. (4) A moins que la situation de fortune de l'offrant ne soit devenue meilleure ; les présents peuvent alors augmenter dans la même proportion : Uzaǧandi, III, 400. En dehors de cette hypothèse, dans le cas où la valeur du présent est supérieure à celles des présents qui étaient ordinairement offerts au ḳāḍi avant sa nomination, on discute du point de savoir si le ḳāḍi doit restituer tout le présent ou seulement une somme équivalente à la différence entre la valeur qui peut lui être offerte et celle du présent qui lui est effectivement offert : Uzaǧandi, *ibid* ; Ibn ʿAbdīn, IV, 437.

celle de la corruption, qui est, aussi, générale à toutes les fonctions publiques. L'attitude adoptée par la doctrine quant à la corruption est naturellement d'une extrême sévérité. L'acte de corruption est religieusement condamnable ; c'est un péché (حرام — محرّم); — c'est un acte d'infidélité à la religion (كفر) qui sera châtié dans l'autre vie ; il entraîne la malédiction divine. Des ḥadīṯ, attribués au Prophète et à diverses personnalités de l'Islam primitif, viennent confirmer, en grand nombre, cette condamnation de la corruption.

Les auteurs envisagent tout d'abord la pratique de la corruption en matière de nomination dans la magistrature. La rašwa se définit à cet égard, suivant la formule de Māwardi, « toute dépense d'argent « ( ou d'autres biens ) en vue de provoquer une nomination à un « poste judiciaire » بذل المال على طلب القضاء[1]. La nomination qui aurait été faite dans ces conditions est radicalement nulle, la personne ainsi nommée ne peut pas être considérée comme un magistrat et les décisions qu'elle prononcerait ne seraient pas exécutoires. La nomination à un poste judiciaire contre versement d'une somme d'argent est envisagée comme un marché, un contrat ; mais ce contrat est nul parce que les fonctions judiciaires ne peuvent pas constituer valablement l'objet d'un contrat ; qu'elles sont hors du commerce. On en tire cette conséquence que les jugements rendus par un magistrat qui a payé sa charge sont nuls[2]

Quant à la corruption commise dans l'exercice même des fonctions judiciaires, les auteurs la définissent ainsi : le fait de donner à un magistrat un bien sous condition (de l'accomplissement d'un acte de sa fonction ). Elle est également illicite que l'acte sollicité soit contraire ou conforme au droit[3]. Cependant, cette illicéité, n'atteint pas également, dans tous les cas, le *solvens*. On admet que si le *solvens* est dans la certitude qu'il ne peut faire triompher une cause certainement juste auprès d'un magistrat reconnu pour sa vénalité qu'en lui versant une somme d'argent, l'acte du *solvens* n'est plus fautif. On assimile au cas où le magistrat reçoit lui-même l'argent le cas où c'est l'un de ses fils ou de ses auxiliaires qui le reçoit, même si cette personne garde

(1) Māwardi, 72 ; Ibn Nuǧaym, VI, 261 s. ; Dāmād, 152 s, ; Uzaǧandi, III, 402 ; Ḳāḍiḫān, II, 350 s. ; Ramli, II, 6 s. ; Ibšīhi, I, 120 ; Nuwayri, VI, 251. (2) Ibn Nuǧaym, VII, 53. (3) Cependant, d'après un auteur malékite, la *rašwa* consiste seulement dans le fait de « prendre de l'argent aux fins de rejeter une prétention juste ou de reconnaître une prétention injuste » ( Ḫaraši, VII, 227 ).

l'argent pour elle-même, à condition toutefois que le fait se produise avec la connaissance et le consentement du juge. La corruption d'un juge dans un procès entraîne nullité du jugement et obligation de restituer l'argent reçu. Elle entraîne également pour l'autorité supérieure obligation de destituer le magistrat prévaricateur, et, d'après une opinion extrême, elle entraînerait sa déchéance de plein droit.

Pour combattre la pratique de la corruption, les auteurs recommandent au prince de recruter ses magistrats[1] parmi les personnes aisées, que leur situation de fortune met à l'abri des tentations[1].

*L'intercession* الشفاعة. — L'intercession de tiers auprès du juge en faveur d'un plaideur est un acte condamnable et le juge ne doit tenir compte d'aucune recommandation même émanant d'un personnage puissant. De même, il est interdit au magistrat, dans l'exercice de ses fonctions, de se laisser influencer par le désir de se rendre agréable à tel ou tel personnage[2].

III. — La conduite du magistrat dans sa vie privée doit être irréprochable, et, dans ses relations dans le monde, il doit se montrer d'une grande discrétion et d'un grand détachement[3].

Le magistrat doit s'abstenir de tout acte qui pourrait donner lieu à des soupçons au sujet de son esprit d'impartialité et de son entière indépendance, ainsi que de toute opération dont il pourrait tirer un avantage injuste en raison de sa qualité. Ainsi, le juge ne doit pas se livrer à des opérations financières, seraient-elles simplement faites en vue de subvenir à ses besoins courants et normaux, telle que des emprunts d'argent ou d'objets quelconques, à moins que ne soit avec des personnes avec lesquelles il aurait été lié d'amitié dès avant sa nomination ou d'associés ou copropriétaires. Pour les achats des objets nécessaires à sa vie quotidienne, aux besoins de sa maison et de sa famille, il est recommandé au juge de ne pas le faire lui-même ou par l'un des siens ; car les personnes avec lesquelles il traite seraient amenées à lui consentir des prix de faveur, en raison de ses fonctions. C'est pourquoi, il doit charger de ce soin des tiers que l'on ne pourrait pas reconnaître comme ses préposés.

(1) Uzağandi, III, 378. (2) Abū-Yūsof, 181 ; Ḳutayba, 82 ; Ibšīhi, I, 120. (3) Saraḫsi, XVI, 77 s. ; Ḳāḍiḫān, II, 351 s. ; Uzağandi, III, 398 s. ; Ḫalīl, 343 ; Šāfi'i, VI, 208 ; Ḫaraṣi, VII, 167 ; Dasūḳi, V. 150.

Dans ses relations, dans le monde, le juge doit se montrer toujours très distant. Il doit, en principe, rechercher, autant que faire se peut, la solitude. C'est pourquoi, il ne doit pas accepter d'invitation privée ; tout au plus admet-on qu'il peut se rendre à une invitation publique où un nombre considérable de personnes se trouvent réunies ; qu'il peut visiter un malade, prendre part à des funérailles. Mais, dans tous ces cas, la doctrine rappelle que la personne chez qui le juge est reçu ne doit pas être un de ses justiciables actuels ; que, d'autre part, il doit interdire à quiconque, profitant de l'occasion, de l'entretenir d'une affaire pendante devant son tribunal. Le juge doit observer une attitude distante à l'égard de ses collaborateurs, auxiliaires et autres hommes de loi, auxquel il ne doit permettre, dans toutes circonstances, aucune parole, aucun geste de caractère amical et familier. Il lui est de même recommandé de s'abstenir de paraître en public, de circuler dans les rues, accompagné de quelques-unes de ces personnes. Au surplus, le nombre des auxiliaires et collaborateurs du juge, — sa *biṭāna* — doit être aussi restreint que possible. Car, dit Ibn ʿAbdūn, tous les désagréments et le mal qui peuvent être causés au magistrat proviennent de ces personnes, vivant dans son entourage, puisque, mieux que toutes autres, elles peuvent surprendre ses secrets et, le cas échéant, s'en servir contre lui[1]. D'autres raisons sont aussi invoquées dans le même sens. Mis au courant des actes confidentiels de la fonction du juge, ses collaborateurs et auxiliaires peuvent y trouver matière à un trafic immoral auprès des plaideurs. Et si le juge ne se montre pas distant dans ses rapports avec lesdites personnes, cela serait de nature à faire croire au public que, le cas échéant, il ferait preuve de partialité en leur faveur.

---

## Section II. — L'état réel des mœurs judiciaires

Cet exposé des règles théoriques, telles qu'on les trouve dans les ouvrages de doctrine, sur la conduite des magistrats, dans leur vie publique et privée, n'est pas d'un grand secours pour la con-

(1) Ibn ʿAbdūn, *op. cit.* 198. Pour les mêmes raisons il est recommandé au juge de ne pas laisser trop longtemps à son service les mêmes auxiliaires.

naissance des mœurs judiciaires, pratiquées au cours des siècles de l'histoire de la magistrature. On doit même adopter une attitude de réserve à l'égard de certaines affirmations que l'on trouve couramment dans les écrits des auteurs, à partir du IVe siècle H.. Lorsqu'il arrive à ces auteurs de déplorer le niveau très bas auquel est tombée la moralité des magistrats de leur époque, ils ne manquent pas de proclamer, en revanche, les grandes vertus couramment pratiquées dans la magistrature, à l'époque antérieure, et, lorsqu'on se réfère aux écrits des auteurs de cette époque antérieure, on relève des plaintes identiques et la même comparaison avec l'époque encore antérieure; de telle sorte que si l'on revient, d'époque en époque, aux ouvrages de doctrine les plus anciens, on constate que l'on se trouve toujours devant un même cliché, qui, en réalité n'a servi qu'à masquer la véritable situation de fait des mœurs judiciaires.

Telle qu'il ressort des divers et nombreux documents historiques, le niveau de moralité du corps judiciaire paraît avoir toujours été assez bas, à des degrés divers.

Mais on doit immédiatement ajouter, que cet état a comporté des exceptions remarquables et probablement très nombreuses, comme nous l'indiquerons plus en détail par la suite, et d'autre part, que dans toutes les anecdotes et les passages de la littérature si sévères à l'égard des magistrats, il faut faire la part de l'exagération inhérente notamment à la poésie arabe, ainsi que des sentiments de vengeance de personnes ayant perdu leur procès. Mais il n'en reste pas moins que le nombre de tous ces documents, leur concordance, le fait qu'ils sont rapportés par des historiens sérieux, font grande impression, surtout si on les combine avec les jugements portés sur les mœurs judiciaires, par les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles H..

Cet état des mœurs judiciaires n'a pas été entièrement le produit d'une décadence, justiciable de divers facteurs qui auraient exercé, au cours de l'évolution historique, une action progressivement dissolvante, mais dont le point de départ aurait été un état de moralité élevé. Si nous devons chercher à cette constatation une explication, il semble qu'on doive tenir compte principalement de ce fait que l'islamisation de la magistrature n'a pas entraîné une coupure avec les pratiques et les traditions, caractéristiques de l'état de la magistrature et des milieux judiciaires, à l'époque byzantine, qui a immédiatement précédé l'avènement de la domination arabo-musulmane. Si l'on se réfère, en effet, aux travaux historiques qui décrivent

le niveau d'immoralité profonde auquel était tombée la justice byzantine aux Ve et VIe siècles de l'ère chrétienne et si l'on ne se refuse pas à reconnaître que la domination arabo-musulmane n'a pas suscité des éléments déterminants de réaction contre cet état de choses, il n'y aurait aucune raison de récuser la loi de continuité historique et de ne pas admettre la survivance de mœurs depuis longtemps pratiquées.

D'ailleurs, le corps judiciaire ne faisait ainsi que suivre le courant qui entraînait toutes les autres branches de l'administration, et, contrairement à ce qu'affirment certains orientalistes qui se sont, sans doute, laisser tromper par quelques traditions et les passages de la littérature doctrinale auxquels nous avons déjà fait allusion, la magistrature n'a pas résisté à la contagion.

Dès le milieu du IIe siècle H., c'est-à-dire à l'époque la plus reculée sur laquelle on peut en cette matière obtenir des renseignements contrôlables, l'état des mœurs judiciaires donnait lieu, de la part des esprits les plus qualifiés et les plus réfléchis, à de vives critiques. Dans son livre intitulé *Kitāb al-ḫarāǧ*, qu'il rédigeait à la demande du calife Hārūn Al-Rašīd, le célèbre jurisconsulte, Abū-Yūsof, ḳādi al-ḳuḍāt de l'empire abbasside, quoique n'ayant pas eu à traiter spécialement des fonctions judiciaires, n'a pas pu s'empêcher de rappeler, par le déplorer, l'état des mœurs dans la magistrature. Il recommande au souverain, à propos de la gestion des biens qui doivent être confiés à la garde de l'autorité publique, de remettre ces biens entre les mains de personnes de confiance ; et l'auteur ajoute cette réflexion : « Je ne pense pas que beaucoup de magistrats « se préoccupent de bien remplir leurs fonctions et d'agir régulière- « ment et que leurs collaborateurs et auxiliaires hésitent à appauvrir « les orphelins et à dépouiller les ayants droit aux successions, sauf « ceux que Dieu veut bien maintenir dans le droit chemin[1] ». On trouve une observation, encore plus nettement défavorable, chez Šāfi'i, qui écrivait son grand Traité « Al-umm », dans la seconde moitié du IIe siècle H.. Parlant de la qualité de « 'adāla », requise en prin-

(1) Abū-Yūsof, 223 ولا اظن كثيراً من القضاة والله اعلم يبالي بما صنع وكيفما عمل ولا يبالي اكثر من معهم ان يفقروا اليتيم ويهلكوا الوارث الا من وفقه الله منهم

De même, Abū-Yūsof recommande au calife, au sujet des biens appartenant à des étrangers (sans doute, en état d'absence) de ne pas les confier aux ḳāḍi, car « ceux-ci remettraient ces biens à des gens qui les mangeraient ».

cipe chez le magistrat, cet auteur tient à préciser que cette règle est toute théorique ; car, dit-il, « les magisirats de notre temps, je pré-« fère ne pas en parler, pour ne pas leur donner la possibilité de « faire subir des injustices aux particuliers[1] ».

Les divers traits rapportés à ce sujet, dans les chroniques d'histoire jusqu'à la fin du IIIe siècle H., justifient entièrement ces appréciations sévères. La vénalité et la corruption, la partialité, des mœurs privées déplorables, étaient choses courantes dans la magistrature, au cours de cette époque. Déjà, tout à fait au début du IIe siècle H., les opérations de greffe, dans les tribunaux, donnaient lieu à des pratiques abusives. « Le monde se plaignait, dit Kindi, des greffiers « de Yaḥya ibn Maymūn ( ḳāḍi d'Egypte de 105/723 à 115/733) : ils ne « consentaient à rédiger une pièce que contre versement d'un pot-« de-vin ». Certaines personnes ayant entretenu le magistrat de ce fait, il ne s'en trouva pas offusqué et, malgré des plaintes réitérées, il ne révoqua aucun de ses greffiers[3]. Si telle était l'attitude du ḳāḍi à l'égard de la conduite de ses auxiliaires, il n'est pas téméraire de penser que le magistrat était le complice intéressé de leurs exactions Au cours du même siècle, un autre texte témoigne de la persistance de ces pratiques[4]. Les textes ne sont pas moins explicites en ce qui concerne directement les magistrats eux-mêmes. L'exercice des fonctions judiciaires était l'occasion pour leurs titulaires de se constituer de grandes fortunes. Ainsi le ḳāḍi d'Egypte 'Umari ( 185/801-194/809 ) s'était rendu célèbre par ses détournements, dont étaient victimes, plus spécialement, les mineurs dont le patrimoine était sous main de justice. Il considérait ces biens comme sa chose propre et il en disposait sans vergogne. La corruption de ce juge était si bien connue qu'il finit par recevoir le surnom de *Abū al-nada*, nom d'un brigand fameux à l'époque[5]. De leur côté, les poètes ne manquèrent pas de l'attaquer dans de violentes satires[6].

Tous les actes rentrant dans les attributions du magistrat constituaient autant d'occasions d'exactions. En confirmation du jugement

(1) Šāfi'i, VII, 44 اما القضاة اليوم فلا احب ان اتكلم بهذا كراهية ان اجعل لهم سبيلًا ان يجوروا على الناس . (2) Šāfi'i, *eod. loc.* (3) *Wulāt*, 340. (4) *Wulāt*, 385. (5) *Wulāt*, 401. (6) *Wulāt*, 396 :

يُصيّر اموال اليتامى جوائزاً لاصحابه حتى استقلوا واتربوا
كبيش وطَلْق والقريري منهمُ وخالد والجعدي ذو الفقه اشهبُ
وبعد قران العري اصبح فاكتسى وبعد الحفي والمشي قد صار يركب

sévère qu'émettait Abū-Yūsof sur les malversations des magistrats en matière de gestion des biens confiés à leur garde, les annales historiques rapportent divers cas où l'on sollicite l'intervention du prince pour conjurer de tel abus. Ainsi, un *de cujus* ayant laissé une grande fortune à un héritier mineur, on demande au prince de prendre en main lui-même l'administration de cet héritage, car, s'il était confié aux magistrats, tous « les biens seraient perdus[1] ». Les nominations des auxiliaires de justice, des *šuhūd*, se faisaient généralement contre paiement des hommes plus ou moins considérables, suivant l'importance de la charge. Ainsi, lorsque le nommé Aswāni posa sa candidature au poste de *ṣāḥib al-masā'il* auprès du ḳāḍi d'Egypte, Ibrahim ibn Al-Ǧarrāḥ ( 205/820 - 211/826 ), il dut verser entre les mains du fils du magistrat une somme de mille dinars[2]. En un espace de temps relativement court, le magistrat amassait une fortune considérable. Ainsi, le ḳāḍi Al-Faḍl, du début du IIIe siècle H., « fut obli- « gé d'avouer au calife ses agissements en Egypte et les biens qu'il « put s'approprier en moins d'un an, au cours de sa magistrature[3] ».

Tant que le magistrat était en fonction, les personnes qui avaient été les victimes de ses exactions craignaient d'élever quelque plainte. Mais les plaintes se donnaient libre cours après la révocation du magistrat, et celui qui lui succédait ne manquait pas d'y prêter une oreille attentive, dans l'intention, souvent de s'approprier lui-même les biens accumulés par son prédécesseur, bien moins que pour les restituer aux ayants droit. Ainsi, lorsque, en l'année 226/840, le ḳāḍi d'Egypte, Hārūn ibn 'Abdallah, fut révoqué, des accusations furent portées contre lui devant son successeur, qui le convainquit d'avoir laissé commettre des détournements de la caisse du tribunal[4]. Mais ce successeur s'appropria par la suite toutes les sommes qui furent trouvées dans la caisse, soit cent vingt mille dirhems dont il distribua une grande partie à d'anciens compagnons d'infortune, qui avaient été précédemment poursuivis avec lui, pour le même motif de corruption[5]. Mais ce qui arriva à Hārūn ibn 'Abdallah arriva, dans des conditions encore plus graves, à Ibn abi Al-Layṯ lui-même poursuivi aussi une deuxième fois. Le successeur de ce dernier, Ibn Miskīn, le fit comparaître devant son tribunal et le fit fustiger jusqu'à ce qu'il eût avoué le montant de ses malversations et les eût restituées[6]. Ce même Ibn Miskīn, à qui l'annaliste reconnaît une relative inté-

(1) Abū Al-Maḥāsin, éd. ég., II, 227. (2) *Wulāt*, 426. (3) Abū Al-Maḥāsin, éd. ég., II, 222. (4) *Wulāt*, 450. (5) *Wulāt*, 405. (6) *Wulāt*, 468; Abū Al-Maḥāsin, éd. ég., II, 289.

grité, n'en commit pas moins lui-même ou laissa commettre des malversations sur les fonds déposés dans la caisse du tribunal[1].

Naturellement, les auxiliaires et collaborateurs du juge profitaient, de leur côté, de cette situation. C'était une source de véritable richesse que d'être attaché à la personne d'un ḳāḍi, ce qui inspire aux poètes contemporains des satires indignées[2]. Les sommes élevées que consentaient à payer les candidats aux fonctions de *ṣāḥib al-masā'il* ou de *šāhid* ne s'expliquent que par le fait, que les candidats, une fois nommés, récupéraient, sur les justiciables ou au détriment du Trésor public, leurs débours dans des proportions multiples. Ainsi un nommé, Ibn Ayyūb, ayant été préposé à la garde du *bayt al-māl* ( caisse ) du tribunal, en détourna une somme de trente mille dinars, somme qui devait être énorme pour l'époque[3]. Au début du IIIe siècle H., des émissaires furent chargés par le pouvoir central, à Bagdad, de procéder à une enquête sur certains auxiliaires de justice, dont Zakaryya ibn Yaḥya, ancien greffier 'Umari, au sujet de détournements et exactions dont ils s'étaient rendus coupables, et les textes disent qu'une foule vint témoigner de ces mauvais agissements des accusés. Ceux-ci parvinrent, cependant, à soudoyer quelques-uns des enquêteurs. Mais l'enquête ayant été reprise contre le greffier Zakaryya, il fut contraint à restituer une somme de huit mille dinars. De même lorsque le ḳāḍi Ibn abi Al-Layṯ tomba sous le coup d'accusations de même genre, ce ne fut pas lui seul qui fut poursuivi, mais aussi ses enfants, amis et auxiliaires ; et ils furent trouvés redevables de tant de sommes que tous leurs biens durent être confisqués. La corruption de ce juge et de ses auxiliaires s'exerçait avec un cynisme tel que le peuple, révolté par tant d'immoralité, se souleva, envahit le prétoire, jeta dans la rue les nattes sur lesquelles le juge s'asseyait, et lava le sol en signe de purification. Sur l'ordre de Bagdad, ce magistrat fut maudit publiquement par le peuple et par l'imām, à la mosquée[4]. Et cependant — détail très symptomatique — Ibn Abi Al-Layṯ parvint à rentrer, — on devine par quels moyens — en grâce auprès de l'autorité supérieure ; et il fut même chargé de poursuivre d'autres fonctionnaires accusés de corruption, ce qui lui donna l'occasion, comme nous l'avons déjà indiqué, de faire main basse sur tout le contenu de la caisse.

(1) *Wulāt*, 470. (2) Cf. *supra*, 296, n. 6. (3) *Wulāt*, 470.
(4) *Wulāt*, 463.

La règle théorique qui interdit au magistrat de s'adonner à des opérations financières et aux affaires en général, n'avait pas grande portée pratique. Au regard des abus précités, ce n'était pas bien grave ; c'était même, peut-être, un moyen de les éviter. Le ḳāḍi d'Egypte, Ḫayr ibn Nu'aym ( 133/750 - 135/752 ) s'adonnait au commerce de l'huile. Au reproche qu'on lui en fit, il se contenta d'exciper des besoins de sa nombreuse famille[1]. Un autre ḳāḍi de la deuxième moitié du IIIe siècle H., pratiquait le commerce de la laine[2]. Ḫušāni cite le cas d'un juge de la même époque, « qui s'adonnait au commerce et qui en tirait de grandes richesses[3] ».

Les textes relatifs à la vie privée des magistrats portent un témoignage aussi défavorable que ceux relatifs à leurs exactions. L'amour des boissons, passion spécialement condamnable en Islam, n'était pas le moindre des défauts des magistrats. Kindi rapporte que Hāšim Al-Bakri, ḳāḍi d'Egypte, durant les années ( 194/809 - 195/810 ) n'allait à son audience qu'après avoir pris à son repas de midi, trois coupes de vin[4]. D'après le même historien, Ibn abi Al-Layṯ était grand amateur de vin et on le vit un jour arriver à son audience, à la mosquée, avec des blessures à la figure... Le bruit se répandit qu'au cours d'une soirée où il s'était adonné à la boisson avec un *šayḫ*, il se prit de querelle avec ce dernier, qui le blessa[5]. 'Umari, également réputé pour sa corruption, ne l'était pas moins pour son libertinage. C'était un homme épris de musique et de chant. « Il n'y « avait pas au Caire de chanteuse chez laquelle il ne se rendît, ra- « conte Kindi, et si elle venait à commettre une faute dans son chant, « c'était lui qui relevait et corrigeait l'erreur ». « Il se vautre dans les « plaisirs honteux et ne recherche pas d'autre occupation », disait de ce même magistrat un poète. « Ce juge d'iniquité... passe ses nuits à entendre la voix des chanteuses, à boire le vin couleur d'or... — Malheureux justiciables d'un juge libertin ! »[6]. —

La luxure, qui s'était propagée au temps des Abbassides et qui

(1) *Wulāt*, 352. (2) *Wulāt*, 537. (3) Ḫušāni, 175.
(4) *Wulāt*, 416. (5) *Wulāt*, 467. (6) *Wulāt*, 401 :

اصبح في الخزيات منغمساً وليس في غيرها بمنغمس
لقد احدث قاضي السو ء في فسطاطنا عجبا

et autres vers ;

ويسهر ليله لسماعه القينات والطربا
فيا للناس من قاضٍ يحب اللهو واللعبا

s'étalait au grand jour, n'avait pas épargné certains magistrats, même des plus hauts placés. Le ḳāḍi d'Egypte Al-Faḍl ibn Ġānem ( 198/813 - 199/814 )[1], le fameux Yaḥya ibn Akṯam ; ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad sous le règne de Ma'mūn, étaient notoirement connus pour la dépravation de leurs mœurs. Déjà, lorsqu'il était ḳāḍi de Baṣra, Ibn Akṯam avait soulevé la réprobation générale, Mas'ūdi rapporte que le peuple s'était plaint auprès du calife de ce que leur ḳāḍi « avait perverti « leurs enfants... que ses vices énormes n'étaient plus un secret pour « personne..., que c'était lui qui chantait la beauté des garçons en « des vers connus etc... ». Ce qui est plus grave, c'est que le calife ne donna aucune suite à ces doléances et que, en reconnaissant même le bien-fondé, il y répondit par cette phrase : « Je n'admettrai « des accusations contre lui ( Yaḥya ibn Akṯam ) que si elles ont pour objet des actes de sa fonction même ». لو طعنوا في احكامه قبل ذلك منهم. Non content de maintenir ce magistrat dans ses fonctions, Ma'mūn en fit le plus haut magistrat du califat, et son favori. Dans cette nouvelle situation, Yaḥya ibn Akṯam donna encore davantage libre cours à ses mauvais instincts, et les historiens racontent à cet égard, qu'il se constitua une cour, composée de quatre cents adolescents, choisis parmi les plus beaux de la cité[2]. La mauvaise réputation de ce haut magistrat était telle qu'un simple ḳāḍi osa une fois refuser d'assurer l'exécution de ses jugements[3].

Dans ces conditions, il n'est plus étonnant que, dans l'exercice des actes de juridiction proprement dite, les magistrats de cette époque ne se montrent pas, en général, particulièrement scrupuleux. Daprès Asyūṭi, dèjà vers la fin du Ier siècle H., l'injustice avait commencé à se répandre dans le corps judiciaire. «Le premier parmi les magistrats, « qui se rendit coupable d'iniquité ( اظهر الجور ) fut Bilāl ibn abi- « Burda », gouverneur et ḳāḍi de Baṣra ( de la fin du Ier siècle H.[4] ).

C'est dans la poésie que s'exprimaient les critiques les plus vives contre l'injustice des magistrats, leur esprit de partialité, leur ignorance. Tel juge devient, d'après le poète Asǧa'i, « la risée » de tout le monde ; il n'a été nommé que pour « méconnaître le bon droit et « anéantir les justes causes » ; il est indigne des fonctions qu'il occu-

(1) *Wulāt*, 420. (2) Cf. des détails sur la vie de Ibn Akṯam, Mas'ūdi, VII, 45 s., 87 ; Ibn Ḫallikān, II, 290. (3) Abū Al-Maḥāsin, éd. ég., II, 292.
(4) Asyūṭi, 109 كان يقول : ان الخصمين اذا تحاكما فايهما كان اخف على قلبي قضيت له

pe[1]. La conduite de tel autre juge est à ce point scandaleuse qu'un poète le considère comme une tache honteuse dans l'Islam, comme un des grands malheurs du temps[2]. On plaint le plaideur, qui a la manvaise fortune d'avoir une affaire en justice, puisque le véritable adversaire du plaideur est le juge lui-même[3]. L'iniquité d'un ḳāḍi de Bagdad vers la fin du IIe siècle H. est tellement connue que l'ayant droit préfère transiger avec son adversaire plutôt que de recourir au tribunal de ce juge, « par crainte de son iniquité[4] ». Le poète Isḥāḳ ibn Ma'āz ayant eu un procès à plaider devant le ḳāḍi d'Egypte, Ibn Fuḍāla, se vit l'objet d'une telle partialité qu'il ne put s'empêcher de publier contre ce juge une violente satire. « Tu m'éloignes, lui « dit-il, et tu m'expulses, et tu rapproches de toi mon adversaire. — « Tu lui ouvres toute grande ta porte, et tu la fermes devant moi. — « Tu acceptes d'entendre ses témoins en mon absence, et les miens « tu refuses de les admettre, lorsqu'il est absent[5] ». Une grande joie se manifestait chez le peuple lorsqu'un magistrat, réputé pour son injustice, était destitué. Lorsque 'Umari fut révoqué, on considéra cette mesure comme « une grâce du ciel », ce magistrat étant « l'en- « nemi de la justice[6] ».

La partialité des magistrats trouvait des motifs divers pour s'exercer. Ce n'était pas seulement la corruption qui donnait lieu à des jugements injustes, mais aussi le désir de favoriser un parent ou un ami, les passions, la luxure. Ainsi, le ḳāḍi 'Ubaydallah ibn abi Bakrān avait la réputation de favoriser constamment les membres de sa famille. Une observation lui ayant été faite une fois à ce sujet, il déclara cyniquement : « A quoi est bon un homme qui « n'utilise pas la religion au profit de ses parents[7] » ? Les anecdotes sont nombreuses, où l'on voit des magistrats se laisser influencer par la beauté d'une plaideuse, ou d'un jeune plaideur[8].

III. — A partir du commencement du IVe siècle H., l'état des mœurs judiciaires paraît s'aggraver encore. Les documents historiques deviennent plus abondants, portant témoignage d'un grand relâchement des mœurs, dans la vie publique aussi bien que dans la vie privée des magistrats, et d'autre part, certains pratiques s'instau-

(1) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 85. (2) Ibn Ḳutayba, éd. Brock, 90.
(3) Ibn Ḳutayba, éd. Brock.'92. (4) Yāḳūt, I, 374 ; Aġāni, X. 123.
(5) *Wulāt*, 381. (6) *Wulāt*, 411. (7) Ibn Ḳutayba, éd. Brok., 93.
(8) Ibn Ḳutayba, éd. Brok., 93 ; Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 271 ; Ibšīhi, I, 119, II, 217 ; Isbahāni, I, 127 ; Ibn Ḫallikān, II, 290.

rent en conséquence comme facteurs déterminants dans l'attribution des postes judiciaires.

Dans un chapitre, dont le titre en lui-même est très suggestif et qui est ainsi conçu : « Lorsque la magistrature se corrompt dans un « Etat, la corruption de l'Etat lui-même s'ensuit », l'historien Tannūḫi rapporte, sur cette nouvelle époque, le jugement suivant : « La « première branche du gouvernement de l'Etat abbasside qui fut atteinte de dissolution, d'après ce que nous avons pu constater, a été « la magistrature. Ce fut Ibn Al-Furāt qui abaissa son prestige en « attribuant les postes par affermage, à des gens sans instruction ni « dignité morale[1] ». Si, l'on se borne à examiner la situation de fait même dans la magistrature, tout en faisant abstraction de toutes les intrigues et procédés illicites auxquels les nominations donnaient lieu, on pourra constater qu'à partir du IVe siècle H., la corruption ne constituait plus seulement un procédé accidentel, employé subrepticement dans certains cas particuliers, mais qu'elle s'était transformée en une pratique constante, reconnue ouvertement, en une sorte de système de vénalité des charges. Il faut d'ailleurs remarquer que ce système n'est pas limité au seul recrutement de la magistrature, mais était appliqué à l'attribution de tous les postes de l'Etat[2]. Il restera en vigueur dans la suite de l'évolution historique. Ce serait une étude particulièrement intéressante que celle de la vénalité des charges en général, dans le gouvernement des Etats musulmans. Indiquons seulement quelques-unes de ses applications, dans le domaine des fonctions autres que les fonctions judiciaires. Les postes de chef de la šurṭa, de la ḥisba, par exemple, étaient au IVe siècle H. généralement attribués par affermage; et les annalistes indiquent les chiffres que coûtaient aux candidats les charges qu'ils sollicitaient[3]. Sans doute, on relève des cas où des nominations se firent sans « dépense d'argent ( دون بذل ) » ; mais ces cas apparaissent comme nettement exceptionnels et les annalistes ne manquent pas de relever ce caractère. C'est alors, pour le candidat nommé dans ces conditions, un « titre de gloire »[4].

(1) Tannūḫi, 114. (2) Cf. Mubārak, *Al-naṯr al-fanni*, I, 334.
(2) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 161 : Abū Al-Maḥāsin, VI, 787, VII, 513 ; *Nazhat al-anẓār*, III ; Ibn Ḥamdūn *in* Amedroz, JRAS, 1910, 789 ; on affermait aussi les impôts et revenus de l'Etat : Ṣābi, 11 s. (4) Abū Al-Maḥāsin, VI, 839 ; Yāḳūt, II, 54 ; Abū Al-Maḥāsin. VII, 477.

Le procédé de la vénalité revêtit les formes d'un véritable système politique au point d'être consacré en droit même ; il y est reconnu comme un contrat « d'affermage » (ضمان), suivant l'expression courante des textes. Plus tard, au XIe siècle H., sinon avant cette époque, le langage juridique devient encore plus réaliste. Lorsqu'un juge ou un autre fonctionnaire paye le prix de sa charge, on parle d'un « *achat de la juridiction* de telle contrée[1] ». Dans le langage des auteurs du Maġreb du VIIIe siècle H. tout au moins, le contrat, dans ces conditions, est appelé du nom même des contrats civils ordinaires : *šarṭ*, *mušāraṭāt* (شرط — مشارطات)[2]. En confirmation de leur caractère légal, ces affermages faisaient l'objet de contrats écrits, de *siǧill*, dans lesquels toutes les conditions de l'accord étaient formellement détaillées[3].

Un des premiers exemples typiques de conventions de ce genre est celui de l'affermage du poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt de l'empire abbasside à divers membres de la famille des Ibn abi Al-Šawārib, dans le courant de la première moitié du IVe siècle H.. Les annalistes rapportent notamment que Muḥammad ibn Al-Ḥasan ibn abi Al-Šawārib « prit à ferme » le poste de grand juge, environ l'année 320/932, « pour une somme déterminée » ; qu'en l'an 350/961, le wazīr Mu'izz Al-dawla « afferma » la même charge au frère dudit Muḥammad, pour une somme de deux cent mille dirhems par an[4]. Le prix de la charge était naturellemeni fixé d'après sa valeur, c'est-à-dire, le rendement pécuniaire qu'on lui supposait. Aussi bien un poste de province coute moins cher qu'un poste dans la capitale. Dans la première moitié du IVe siècle H., une charge de juge de province est affermé pour cinquante mille dirhems[5].

Naturellement, le magistrat qui avait dû payer le prix de sa charge affermait à son tour les postes de son ressort. Ainsi, le ḳāḍi al-ḳuḍāt de l'empire faisait payer aux candidats qu'il nommait aux

(1) Ramli, II, 6. (2) Maḳḳari, III, 53 ; cf. Dozy, *Supplément*, V° شرط. La doctrine adopte ainsi deux attitudes contradictoires ; d'une part, elle enseigne que la cession contre argent d'une fonction publique est nulle ; que même, c'est un acte de corruption ; — mais, en revanche, elle fait rentrer une telle cession dans la catégorie des conventions reconnues, et lui donne une qualification juridique. (3) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 161. (4) Suyūṭi, *ibid.* : *Wulāt*, 545. D'autres auteurs parlent d'une somme de cent mille dirhems (Ibn Ḥamdūn, *ibid.*). Il est possible que les textes se réfèrent à des magistrats différents de la famille des Ibn abi Al-Šawārib. (5) Ṣābi, 259.

postes de province le prix de leur charge[1] ; de même que le magistrat, une fois installé, monnayait toutes les nominations aux postes des vicaires ou d'auxiliaires attachés à sa juridiction. Les prix de ces postes étaient parfois fort élevés. Ainsi, d'après Kindi, Ibn Zubr, en Egypte, prit de Ibn Badr, pour sa désignation comme šāhid de son tribunal, une somme de mille dinars[2]. Mais le candidat était souvent obligé de satisfaire plus d'une personne. En effet, dès qu'une autorité de province arrivait à acquérir une certaine autonomie à l'égard de l'autorité centrale, elle s'empressait d'exploiter à son profit sa nouvelle situation. Ainsi, sous les Tulunides et les Iḫšidites d'Egypte, le candidat aux fonctions de ḳāḍi du Caire devait aussi bien satisfaire le maître de l'Egypte que le ḳāḍi al ḳuḍāt de Bagdad[3]. Lorsque l'autorité provinciale se sentait suffisamment forte pour disposer librement des nominations, elle accaparait pour elle seule le bénéfice de l'opération. Ainsi, c'est de Ibn Ṭuġǧ, gouverneur de l'Egypte, en 323/934, que Ibn abi Zur'a obtint contre paiement d'une somme d'argent sa nomination comme juge de cette province[4]. C'est à l'émir Kāfūr, que celui qui briguait en l'an 347/958, le poste de ḳāḍi du Caire, dut payer le prix de la charge[5]. C'est ce même Kāfūr qui, quelques années auparavant, « affermait à Muḥammad ibn Al-Ḫaṣīb « les justices des provinces d'Egypte, Ramlah et Tabaryya[6] ».

Naturellement, au cours des siècles suivants, la situation ne s'améliore guère. Les passages des annales historiques, rapportant des faits d'achat de charges judiciaires sont nombreux.

Le mal n'est pas propre à l'Orient, mais atteint, aussi bien, les pays musulmans d'Occident. Au VIII^e siècle H., suivant le passage précité de Maḳḳari, Ibn Al-Ḫaṭīb chef du secrétariat du sultan de Grenade, avait été chargé par ce dernier de « nommer les fonctionnaires « par *mušāraṭāt* ( contrats ), situation dont il tira de grandes riches- « ses, bien plus que ses prédécesseurs » ; il ressort, au surplus, de ce texte que la pratique de la vénalité n'était pas une nouveauté[7].

(1) *Wulāt*, 560. (2) *Wulāt*, 540. (3) Amedroz, JRAS, 1910, 778 ; *Wulāt*, 569. (4) *Wulāt*, 487. (5) *Wulāt*, 570. (6) *Wulāt*, 579.
(7) Sous la domination ottomane, la pratique de la vénalité sera encore plus répandue dans les pays du Maġreb. Warṭilani raconte avoir « entendu dire qu'aucun ḳāḍi et muf- « ti n'y était nommé que s'il corrompait le titulaire de l'autorité supérieure ; qu'il en « était ainsi en Algérie »... à tel point que le père du chroniqueur, se rappelant l'enseignement de la doctrine, « refusait de faire sa prière du vendredi sous la direction des « imāms de ce pays ». ( *Nazhat al-anẓār*, 111 ).

Le paiement du prix de la charge pouvait affecter des modalités diverses. Tantôt, il se faisait par le versement d'une somme au comptant, au moment même de l'attribution du poste sollicité[1], tantôt — ce qui devait être le cas pour les charges de prix élevé — il était payable, en tout ou en partie, à terme. Ainsi, lorsque Muḥammad ibn abi Al-Šawārib prit à ferme le poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt, il ne cessa, après sa nomination, d'être l'objet de réclamations pour le paiement du prix de la charge[2]. Le montant dû par 'Abdallah ibn Al-Šawārib était stipulé payable par annuités de deux cent mille dirhems chacune[3]. Muḥammad ibn Al-Ḫaṣīb avait affermé à terme les juridictions d'Egypte, Ramlah et Tabarayya[4].

La corruption, qui s'était ainsi transformée en un système de vénalité des charges, n'était pas le plus immoral des procédés en usage. Alléchés par le prestige de la charge, par son extrême importance comme source de richesse et comme moyen d'exercice d'abus de pouvoir, les candidats, aussi bien que les magistrats déjà pourvus d'un siège, n'avaient aucun scrupule à employer toutes sortes de moyens tant pour se faire attribuer une charge que pour se maintenir en place, pour écarter un concurrent ou évincer un magistrat dont ils enviaient la succession. Cet ensemble de moyens a reçu dans le langage des écrivains historiens et juristes, un nom générique, qui, d'ailleurs, est un euphémisme : le *sa'i* ( السعي ), et qui correspond au *baḏl* ( بذل ) qui désigne spécialement le paiement d'argent ou d'autres biens pour l'achat des charges[5]. Aussi bien que pour les magistrats qui sont nommés sans le secours de la corruption, la nomination qui se fait sans la pratique du *sa'i*, comme celle qui se fait sans *baḏl*, est une preuve de haute valeur, un titre de gloire pour celui qui l'a obtenue et que ne manquent pas de rappeler les historiens, dans les rares cas où elle se produit[6].

C'est encore au IVe siècle H. que la pratique du *sa'i* prend une ampleur considérable, se manifeste par des moyens les plus divers, devient une pratique constante et reconnue. Un des magistrats auxquels on impute le plus l'emploi de tels moyens est le ḳāḍi d'Egypte

(1) Ṣābi, 259. (2) *Wulāt*, 545. (3) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 161.
(4) *Wulāt*, 579. (5) Littéralement, ce terme peut se traduire par : démarches. Il implique, en réalité, le double sens de démarches et d'intrigues, et, le cas échéant, de corruption. (6) Abū Al-Maḥāsin, VI, 787, قاضي القضاة زين الدين.. هو ممن ولي القضاء بغير سعي ولا بذل ولو لم يكن من محاسنه الا ذاك لكفاه فخراً .

Ibn Al-Ḫaṣīb (339/950-348/959). « C'était, dit l'annaliste, un grand faussaire كان كثير التزوير[1] ». Il poussa l'audace, dans cette pratique, à tel point que, briguant la succession de Ḍuḥli, il remit « au gouverneur, un document, présenté comme émanant du calife même, et portant destitution dudit Ḍuhli et sa propre nomination à sa place. Combiné avec le versement du montant de l'affermage du poste, le tour réussit, très probablement avec la complicité consciente du gouverneur lui-même[2]. Une fois en place, Ibn Al-Ḫaṣīb ne recula devant aucun moyen pour s'y maintenir et écarter toute manœuvre de nature à le faire évincer. Lorsqu' « il arrivait à sa connaissance que « quelqu'un faisait des démarches pour se faire nommer ḳāḍi, il organisait contre lui toutes sortes d'intrigues au point de lui porter le « plus grand mal possible. Ayant appris un jour qu'un des *'udūl* « d'Egypte faisait de telles démarches à Bagdad, il agit auprès du « gouverneur Kāfūr qui mit en prison ce concurrent, s'apprêtant « même à le mettre à mort. Ibn Al-Ḫaṣīb usa du même procédé à « â l'égard de Abū-Bakr[3] ». Ibn Harwān, ḳāḍi d'Egypte dans la première moitié du IVe siècle H., n'agissait pas autrement. C'était un magistrat, dit la chronique, qui « n'avait pas les qualités requises « pour ses fonctions ; mais il le rechercha par amour du prestige et « pour pouvoir veiller à la sauvegarde de sa fortune ; car il était très « riche. Ibn Al-Walīd ayant voulu l'évincer, Ibn Harwān fit le ser- « ment suivant : quiconque ferait des démarches pour se faire nom- « mer ḳāḍi, je dépenserai tout le contenu de ce *ǧurn* (jarre) en or, « pour le faire tuer[4] ». Un autre exemple typique de ces sortes de manœuvres est relatif à la nomination de ibn Zubr. Celui-ci venait d'être nommé, pour la troisième fois, en 324/935, ḳāḍi d'Egypte. Mais un concurrent Ibn abi Zur'a était aux aguets et, profitant d'une absence de Ibn Zubr du Caire, il intrigua contre lui auprès du gouverneur et arriva ainsi à le faire destituer. A son retour, Ibn Zubr reprit l'offensive de la façon suivante : il se fit remettre et utilisa frauduleusement le diplôme de nomination qu'avait obtenu un nommé Ibn 'Abdallah ibn Ahmad ibn Al-Walīd par le poste de ḳāḍi d'Egypte ; — et comme la derniére partie — Ibn Al-Walīd — de ce nom ne figurait pas sur le document, alors que le reste était identique à une partie du nom de Ibn Zubr, la manœuvre réussit auprès du gouverneur et ainsi Ibn Zubr l'emporta[5].

(1) *Wulāt*, 578. (2) *Wulāt*, 378, 580, 587. (3) *Wulāt*, 580.
(4) *Wulāt*, 564. (5) *Wulāt*, 542.

Il n'était pas toujours sans danger pour un magistrat nommé par le pouvoir central de faire valoir son titre auprès des autorités locales à qui cette nomination n'agréait pas, particulièrement le magistrat qu'il devait évincer. Ainsi, Ibn Šu'ayb, ayant obtenu du calife Mustaršid, un diplôme le nommant ḳāḍi d'Egypte, n'osa pas, dit l'annaliste, se prévaloir de ce document, par peur de Ibn Harwān, qu'il était appelé à remplacer ; et il attendit, pour le faire, le départ de ce magistrat pour la Syrie[1].

Un autre moyen d'intrigues employé couramment consistait à susciter des plaintes ou des calomnies contre le magistrat ou le concurrent et même à provoquer contre lui des manifestations populaires. En l'an 317/929, Ibn Ḥammād, nommé ḳāḍi d'Egypte, ayant eu connaissance que Ibn Badr intriguait contre lui à Bagdad, convoqua un certain nombre de *šuhūd* et notabilités de la ville et les amena à rédiger une adresse au calife, où Ibn Badr était représenté comme né de père esclave et était chargé de graves accusations[2]. Dans la première moitié du Ve siècle H., un autre ḳāḍi d'Egypte, Fāriḳi, avait désigné un nommé Ġalbūni, comme vicaire. Cette nomination ayant déplu aux autres candidats évincés, des protestations s'élevèrent contre le nouveau magistrat et une pétition fut rédigée où celui-ci était accusé des plus grands forfaits, corruption, exactions, irréligion, félonie[3].

Vers le milieu du IVe siècle H., le poste de vicaire du ḳāḍi de Damas étant devenu vacant, chacun des deux concurrents à ce poste ne trouva mieux à faire pour évincer l'autre que de soulever une partie de la population contre lui. C'est ainsi que la populace prit partie pour l'un des concurrents et la bourgeoisie pour le second[4].

Des procédés encore plus brutaux et radicaux étaient parfois employés : pour se débarrasser d'un magistrat gênant ou trop scandaleux, on recourait même à l'assassinat. A la fin du IVe siècle H. et au commencement du Ve siècle H. trois magistrats d'Egypte tombèrent successivement sous le coup de sicaires[5].

Un facteur d'un autre ordre qui jouait un rôle important dans l'attribution des postes judiciaires comme de toutes les autres charges publiques consistait dans le souci des maîtres du moment à s'en-

(1) *Wulāt*, 492. (2) *Wulāt*, 558. (3) *Wulāt*, 609.
(4) *Wulāt*, 570. (5) *Wulāt*, 495, 498.

tourer de magistrats et fonctionnaires dévoués à leur personne, amis et créatures dont la fortune était attachée à la leur propre[1].

A plus forte raison, le magistrat recrutait souvent ses collaborateurs et ses vicaires parmi ses fils ou autres parents et les cas de telles désignations sont très nombreux. Ainsi, dans la première moitié du IVe siècle H., le ḳāḍi d'Egypte, Ǧawhari, s'attache son fils comme greffier[2] ; Ibn Al-Ḫaṣīb, Ḍuhli, au IVe siècle H., ʿAli et Muḥammad ibn Ḥayyūn, au Ve siècle, Kamāl Al-Dīn ( Damas ) au VIe siècle, désignent leurs fils, frères ou neveux comme vicaires[3]. Ces désignations se faisaient avec le plein assentiment et même, en certains cas, sur l'ordre même de l'autorité supérieure[4]. La question est même posée en doctrine, de savoir si un magistrat a le droit de substituer son propre fils comme vicaire. L'affirmative est admise unanimement[5].

Il faut, nous semble-t-il, se garder de confondre le système de la vénalité dans les pays musulmans et le système de la vénalité des charges tel qu'il a été pratiqué dans beaucoup d'autres pays, en France, par exemple. Dans ce pays, la vénalité, créant un droit de propriété du titulaire sur sa charge, a, au moins, produit cette double conséquence, accidentelle mais heureuse, d'assurer dans une large mesure la stabilité ainsi que l'indépendance de la magistrature à l'égard du pouvoir politique[6]. Dans les pays musulmans, au contraire, l'idée de propriété ou d'un droit d'usage tiré par le titulaire d'une charge, du contrat que lui a consenti l'autorité supérieure, n'a pas été exploitée dans toutes ses conséquences juridiques. Sous réserve de quelques tempéramments, on n'a jamais admis, en Islam, que l'achat d'une charge publique par une personne lui conférait un droit irrévocable ; que l'autorité qui avait vendu la charge perdait le pouvoir de disposer de cette même charge au profit d'un tiers et d'en dépouiller discrétionnairement le premier bénéficiaire ; que la charge constituait un élément du patrimoine du titulaire, se transmettant par héritage à ses successeurs. C'est que théoriquement, comme on l'a déjà noté, la vénalité des offices n'a jamais été reconnue comme un procédé légalement valable. Même aux époques où la vénalité s'était le plus généralisée, les juristes la considéraient tou-

(1) Bowen, *ʿAli ibn ʿIsa*, 116 s. ; Ṣābi, 212, 301 ; Bowen, *ibid.* ; JRAS, 1912, 14 ; Ṣābi, 131. (2) *Wulāt*, 571. (3) *Wulāt*, 578, 585, 590, 594 ; Ibn Ḫallikān, II, 597. (4) *Wulāt*, 585. (5) Ibn Nuǧaym, VII, 7. (6) Cf. Esmein et Génestal, *Cours élém. d'histoire du droit français*, 15e éd., 392 ss.

jours comme un abus, voire, un procédé de corruption[1]. Ils ne cessent de soutenir que les fonctionnaires, comme toutes les autres fonctions publiques, ne constituent pas des choses rentrant dans le commerce, « pouvant être vendues ou achetées[2] ».

La plupart des magistrats que nous avons cités comme ayant acheté leur office n'ont pu le conserver que pendant une durée de temps limitée, et toujours, sauf le cas de décès, c'était l'autorité même qui leur avait « affermé » cet office qui le leur retirait. Il est, d'ailleurs, significatif que l'acte par lequel l'autorité opérait ce retrait n'a jamais porté dans le langage technique un nom spécial, impliquant l'idée de résolution d'un contrat : il s'agit toujours d'une révocation, d'un licenciement (عزل — صرف). Un des exemples les plus caractéristiques de licenciement pur et simple de magistrat bénéficiaire d'un contrat d'affermage est le licenciement, en l'année 335/946, du ḳāḍi al-ḳuḍāt, Muḥammad ibn abi Al-Šawārib qui avait affermé sa charge quelques années auparavant[3]. Il en fut de même des ḳāḍi d'Egypte, 'Abdallah ibn Al-Walīd, nommé en 329/940 et destitué la même année, et 'Umar Al-Hāšimi, nommé en 336/947 et destitué en 339/950.

L'arbitraire de l'autorité supérieure — pouvoir exécutif ou magistrat ayant droit de nomination de vicaires — était absolu aussi bien en théorie qu'en fait. C'est par là que se manifeste le plus nettement l'inexistence, d'un principe d'inamovibilité des magistrats judiciaires. Pas plus l'affermage d'une charge judiciaire que toute autre considération ne limitait, dans la pratique, le pouvoir de destitution des magistrats. La fréquence déconcertante des déplacements et licenciements constitue, au surplus, un nouvel aspect de l'état des mœurs dans le corps judiciaire, l'indice des intrigues continuelles qui s'exerçaient contre les magistrats en place, du souci perpétuel de l'autorité de tirer des ressources toujours renouvelées du trafic des charges. Par là se manifeste aussi l'entière dépendance de la magistrature envers le pouvoir exécutif qui s'assure toujours de ḳāḍi à sa complète dévotion. De la sorte, les magistrats jouissaient rarement d'une entière tranquillité d'esprit relativement à leur situation ; ils devaient être toujours en alerte pour épier et déjouer les intrigues qui se formaient contre eux et écarter les concurrents par les moyens appropriés.

(1) Ibn Nuǧaym, VII, 53. (2) Ramli, II, 6. (3) *Wulāt*, 546.

Rien n'est plus suggestif à cet égard que la cousultation des ouvrages d'annales judiciaires qui relatent la succession des magistrats d'un pays. Ainsi, pour l'Egypte et le royaume fatimite, il ressort des ouvrages de Kindi et de Ibn Ḥağar que, pendant une période de quatre siècles environ, plus de quatre-vingts ḳāḍi se sont succédé sur le siège de la capitale. Sur ce nombre, seize ḳāḍi seulement sont restés en fonction jusqu'à leur mort[1], tous les autres ont été l'objet de licenciement ou de révocation. Certains ḳāḍi n'arrivaient à se maintenir en fonctions qu'une seule année, d'autres, à peine quelques mois, d'autres, même quelques jours[2]. Mais le magistrat révoqué subissait rarement une disgrâce définitive et, sur de nouvelles démarches, il était réintégré. On rencontre ainsi l'exemple de ḳāḍi qui sont rentrés en fonction une deuxième, troisième et même quatrième fois, tel Ḫayr ibn Sulaymān, en 137/754, Ibn Fuḍāla, en 170/786, Ibn 'Isa, en 179/795, Ibn 'Ubaydallah, en 192/807; Ibn Yaḥya, en 330/941, Ibn Šu'ayb, en 334/945, pour une deuxième fois ; Ğawṯ ibn Sulaymān, en 167/783, Gawhari, en 333/944, Ibn Al-Ḥaddād, en 333/944, Ṣayrafi, en 329/940, Abū 'Ali ibn Aḥmad en 444/1052, Ibn Ḥammād, en 321/933, pour une troisième fois ; — Ibn Zubr, en 329/940, pour une quatrième fois. Suivant la chronique de Ḫušāni, pendant une période de 220 années environ, allant de l'entrée des Umayyades en Espagne jusqu'à l'année 358/968, quarante et un ḳāḍi al-ğamā'a se sont succédé sur le siège de Cordoue. Certains juges se relayaient chaque année, à tour de rôle. D'autres, après une première révocation, étaient réengagés une deuxième ou une troisième fois[3]. Les événements politiques et, spécialement, les changements des ministres et des gouverneurs ou ḳāḍi al-ḳuḍāt, constituaient quelques-unes des causes les plus déterminantes de cette instabilité.

Un indice très net de cette instabilité se retrouve dans les écrits des auteurs. On rencontre, en effet, dans les ouvrages de doctrine, cette règle qui semble, de premier abord, étonnante, d'après laquelle le magistrat « ne doit pas être maintenu en fonction plus « d'une année, afin qu'il n'oublie pas le *'ilm* ( science du droit ) » !

(1) Ce chiffre est un peu approximatif, parce que pour quelques magistrats les textes ne s'expliquent pas clairement sur la fin de leur carrière, (2) Cf. pour l'époque postérieure, Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 92 ss. : des ḳāḍi qui se succèdent à des intervalles de quelques jours. On cite même le cas de ḳāḍi qui le lendemain même de leur nomination sont licenciés ou démissionnent ( Ibn Ḫallikān, I, 426 ). Par contre, pour des cas de magistratures de longue durée, cf. certains passages de Faraḍi, ainsi que Ibn Abbār ( *Takmila*, I, 342, 487 etc. ). (3) Ḫušāni, 40.

(لا يترك على القضاء اكثر من سنة كيلا ينسى العلم)[1]. Il n'est pas téméraire de penser qu'il n'y a là qu'une tentative de la doctrine pour donner une apparence légale à une situation de fait courante.

Les nominations et révocations de magistrats de province donnaient souvent lieu à des conflits entre l'autorité centrale et l'autorité locale et ce n'était pas la première qui avait toujours le dernier mot. Ainsi, dans la première moitié du IVe siècle H., Māzirā'i, ministre des Iḫšidides, fait échec à deux mesures de révocation et de nomination émanées du ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad[2]. Par ailleurs, il était rare qu'un calife, nouvellement régnant, gardât au poste suprême de la magistrature le ḳāḍi al-ḳuḍāt de son prédécesseur. Sans doute, il y a eu des exemples de grands juges ayant conservé leur charge sous deux ou même trois califes, tel Abū-Yūsof, qui fut successivement le ḳāḍi al-ḳudāt de Mahdi, Hādi et Hārūn Al-Rašīd, et resta en fonction jusqu'à sa mort, Mais, en général, le nouveau calife choisissait son propre grand juge, et, dans la plupart des cas, les ḳāḍi al-ḳuḍāt étaient changés à des intervalles très rapprochés.

Cependant, le phénomène de l'hérédité des charges ne fait pas totalement défaut dans l'histoire de la magistrature islamique. On en rencontre différents exemples tirés tant de l'histoire des pays d'Orient que de celle des Etats musulmans d'Occident. La pratique de la vénalité ne pouvait manquer de susciter une tendance à l'assimilation de la charge acquise avec les autres éléments du patrimoine au point de vue de la dévolution successorale. Un facteur qui contribuera, avec la vénalité, à la transmission héréditaire consistera dans la pratique déjà signalée, suivant laquelle les magistrats nommaient aux charges relevant de leur juridiction des candidats pris dans leur parenté et dans leur propre descendance, de telle sorte qu'au décès ou au renvoi du magistrat, son parent ou son fils se trouvait déjà sur place pour recueillir sa succession.

En Orient tout au moins, les cas de transmission héréditaire des charges ne commencent à apparaître qu'au IVe siècle h., ce qui con-

(1) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 17. Sous les Ottomans, la destitution du magistrat à l'expiration d'une année semble être devenue de pratique constante, comme cela ressort de l'expression courante qui sert à marquer la date à laquelle prend fin la magistrature des ḳāḍi ; مرّت القاضي (le ḳāḍi est arrivé au mois de mars qui était le début de l'année financière) : *Muḥīṭ al-muḥīṭ*, Vo مرت.

(2) *Wulāt*, 546, 550, 559.

firme le rapport étroit entre ce phénomène historique et le système de la vénalité, qui, à cette même époque, avait pris toute son extension. On rencontre cependant quelques traces, dans la littérature, de transmissions héréditaires de charges publiques antérieures à cette époque. Ainsi, au cours du Ier et IIe siècles H., Aš'ari, son fils, Abū-Burda et son petit-fils Bilāl se sont succédé sur le siège de la province de Baṣra, Mais il faut bien remarquer que, suivant la tradition même, il ne s'agissait pas, en l'espèce, de magistrats judiciaires proprement dits, mais de gouverneurs administratifs ayant compétence judiciaire[1].

On peut ranger les divers cas de transmission héréditaire des offices judiciaires en deux catégories : d'une part le cas de transmission héréditaire proprement dite, l'héritier succédant au *de cujus* dans la même charge; d'autre part, le cas d'attribution d'offices, dans des ressorts différents, aux membres d'une même famille.

Un des premiers cas de transmission héréditaire que nous avons pu relever est celui relatif au siège de la province de Fars (en Perse), au IVe siècle H.. Sous le califat de Rāḍi, soit entre les années 322/933 et 329/940, Abū-Burda, descendant d'une vieille famille arabe, fut nommé grand juge de cette province, et la charge se maintint dans la descendance de ce magistrat, au cours de plusieurs générations[2]. La famille des Ibn abi Al-Šawārib n'a pas fourni moins de huit de ses membres au poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt de l'empire abbasside[3]. Muḥammad ibn 'Abdallah ibn al-Ḫaṣīb succéda à son père sur le siège du Caire[4]. A ce même poste, dans la deuxième moitié du IVe siècle H., se succèdent quatre ḳāḍi de la famille des Ibn Ḥayyūn, le premier en date, 'Ali ibn Al-Nu'mān ibn Ḥayyūn, auquel succéda, en 374/984, son frére Muḥammad suivi de son neveu, fils de 'Ali, Ḥusayn, auquel succède enfin, en 394/1003, 'Abd Al-'Azīz fils de Muḥammad[5], Yāḳūt rapporte que la charge de ḳāḍi de la province d'Alep se transmit du père au fils, puis au petit-fils[6], au cours de la deuxième moitié du IVe siècle et au début du Ve siècle H.

La transmission héréditaire des offices de la magistrature ne se faisait pas seulement par succession *ab intestat*. Parfois, elle faisait l'objet de testament. Ibn Ḫallikān rapporte qu'un ḳāḍi de Damas,

(1) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, I, 238. (2) JRAS, 1912, 14. (3) Mez, 221.
(4) *Wulāt*, 579. (5) *Wulāt*, 494 ss. (6) Yāḳūt, VI, 32.

dans la deuxième partie du VIe siècle H., avait rédigé un testament où il désignait comme son successeur à ce poste, son neveu[1].

C'est dans des textes tirés de l'histoire de l'Espagne musulmane et du Maġreb que l'idée de l'hérédité se trouve le plus affirmée. Outre qu'on y relève divers cas de « ḳāḍi, fils de ḳāḍi, fils de kāḍi[2] », on désigne ouvertement le cas d'une occupation d'une charge successivement par un père et son fils par l'expression de « succession héréditaire[3] ».

Dans la deuxième catégorie de cas, il ne s'agit plus exactement d'une transmission héréditaire d'une même charge d'un *de cujus* à son héritier, mais plutôt de familles dont un ou plusieurs des membres, occupant déjà un haut poste dans la magistrature et jouissant d'une grande influence auprès du souverain, l'exploitent pour faire nommer diverses personnes de leur descendance ou de leur parenté à de nombreux postes judiciaires d'un pays ; et ainsi, la puissance de ces familles une fois assurée, elle se maintient par le même procédé, les aînés se faisant remplacer toujours par leurs cadets. De la sorte, se sont constituées, en Islam, des « familles de robe ». Cet accaparement des postes ne se limitait pas à une seule ville. Ainsi, la famille de Beni Šarāḥīl, dont le premier chef, 'Umar, fut ḳāḍi al-ǧamā'a à Cordoue au IIe siècle H., s'était assuré un grand nombre de postes de province[4]. Dans la province de Ifrīkya, les membres de la famille des Beni Hāšim « se transmettaient les postes judiciaires « comme se transmettent les héritages[5] ». Tout ce que l'on peut dire sur ce point, c'est que le candidat appartenant à une famille qui avait acquis une telle prépondérance, bénéficiait d'une priorité de fait sur ces concurrents[6].

(1) Ibn Ḫallikān, II, 597. (2) Juges de Tolède et de Jaen (Faraḍi, I, 25. *Adde* Ibn Abbār, *Takmila*, I, 519). (3) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 87 ; II, 554. (4) Ḫušāni, 42. (5) Maḳrīzi, IV, 144. (6) La transmission héréditaire n'était naturellement pas spéciale aux offices judiciaires. Elle se produisait pour tous les offices administratifs, en général, notamment au cours de la période mamluk. Parlant des traitements affectés aux fonctions publiques, Maḳrīzi déclare en termes très explicites que les magistrats et fonctionnaires « se transmettaient ces traitements de pè« re en fils, entre frères ou entre cousins à tel point que lorsqu'à la mort du titulaire « d'un office, un étranger était désigné à sa place, un parent de ce titulaire venait à faire « valoir son droit de priorité, en raison du lien de parenté qui l'unissait au fonctionnaire « disparu, il était fait droit à sa réclamation et il était lui-même nommé » (Maḳrīzi, III,

Cependant, même dans les cas de la première catégorie où la notion d'hérédité proprement dite paraît s'affirmer, elle a manqué de jouer dans toute son ampleur naturelle. L'héritier légitime, premier appelé, est souvent primé par un parent plus éloigné, tel le cas des Beni Ḥayyūn, où le frère passe avant le fils. D'autre part, et surtout, l'autorité supérieure n'abdique pas ses droits du fait qu'un magistrat a recueilli sa charge par succession. Aussi lui arrive-t-il souvent de révoquer purement et simplement le magistrat nommé dans de telles conditions. Ḥusayn ibn Ḥayyūn, qui avait succédé à son frère Muḥammad, fut révoqué en 394/1003 ; mais, il est vrai que ce fut son neveu qui fut nommé à sa place. La transmission héréditaire est arrêtée, non point pour cause de défaut d'héritier, mais par la volonté arbitraire de l'autorité supérieure. Dans le cas déjà relevé, où nous avons vu un magistrat désigner son successeur dans un testament, il apparaît nettement qu'il n'y avait là qu'une sorte de vœu, formulé par le magistrat et qu'il a fallu l'assentiment du souverain pour « rendre exécutoire le testament[1] ». Mais ce qui définit le mieux la portée limitée de la notion de transmission héréditaire et fait ressortir que la désignation du successeur résulte essentiellement, non point de la dévolution successorale, mais d'un acte librement consenti par l'autorité supérieure, c'est le fait qu'à la mort du magistrat la désignation de son successeur était opérée par un nouvel acte d'investiture qui n'était accordé que sur de nouvelles démarches et intrigues et contre finances, dans les conditions mêmes où le *de cujus* lui-même avait obtenu sa charge. Ainsi, Muḥammad ibn Al-Ḥaṣīb, qui succèda à son père, 'Abdallah, dut solliciter de Kāfūr un nouvel affermage[2]. Lorsque, après le renvoi du ḳāḍi al-ḳuḍāt, Muhammad ibn abi Al-Šawārib, qui avait affermé sa charge, son parent fut appelé, en 350/961, à occuper la charge, il dut solliciter un nouvel affermage[3]. Et, parfois. l'autorité supérieure, même lorsque le fils briguait la succession de son père, en proposant un nouveau montant de fermage, refusait de donner suite à cette candidature. Ainsi, d'après un texte de Yāḳūt, à la mort d'un ḳāḍi d'une province d'Irak, au VIe siècle H., « son fils accourut ( à Bagdad ) et fit des démarches

364 ). Pour des cas de transmission héréditaire de charges dans l'enseignement, cf. *E. I.*, V° *Masdjid*, 421.

La charge de šāhid se transmet aussi par héritage : cf. Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 94.

(1) Ibn Ḫallikān, II, 597, اوصى كمال الدين بولاية ابن اخيه ابي الفضائل فانفذ السلطان وصيته

(2) *Wulāt*, 579. (3) *Wulāt*, 544 ; Suyūṭi, *Tārīḫ*, 161.

« en vue de sa nomination au siège qu'occupait son père. Il proposa « à cet effet des sommes considérables. Malgré cela, sa candidature ne fut pas agréé[1] ».

Aussi bien que dans l'attribution des postes, la conduite des magistrats dans l'exercice de leurs fonctions et dans leur vie privée apparaît peu édifiante. Comme sur d'autres points concernant l'état des mœurs judiciaires, le jugement de la doctrine sur la conduite des magistrats, dans leur vie publique et privée, est particulièrement sévère. Tous les auteurs déplorent le très bas niveau auquel se trouve la magistrature (فساد قضاة زماننا), expression qui devient de style[2]. C'est cette raison que les juristes invoquent pour restreindre le pouvoir d'appréciation des magistrats, devenus indignes d'une grande confiance[3]. Nous n'avons aucun doute, dit l'un des auteurs de la basse-époque, que les magistrats de notre temps, ainsi que leurs šuhūd et leurs auxiliaires, s'ils avaient existé à l'époque primitive, n'auraient jamais été nommés. La nomination de tels magistrats et auxiliaires aurait été considérée comme un acte d'iniquité. Les meilleurs de nos magistrats ne valent pas mieux que les pires de ceux de l'ancienne époque. Ce qui était mauvais est devenu bon[4]...

Tant dans les ouvrages de doctrine juridique que dans les livres d'histoire ou de littérature, toujours un profond sentiment de tristesse est exprimé par les auteurs lorsqu'ils traitent de l'état des mœurs judiciaires. Par contre, et tout naturellement, chaque fois qu'à l'occasion d'une circonstance déterminée, se dessine l'espoir d'un relèvement, ils ne manquent pas d'exprimer leur joie. Mais cet espoir est, dans la plupart des cas, rapidement déçu. Citons, à titre d'exemple, un passage des annales égyptiennes, *Al-nuǧūm al-zāhira*. Vers le milieu du IX^e^ siècle H., un nouveau ḳāḍi al-ḳuḍāt, venait d'être nommé. « Tout le monde, dit l'annaliste, éprouva de la joie, « croyant qu'il pratiquerait la justice et restaurerait les traditions des « Anciens et des juges équitables. Mais ce fut tout le contraire qui « arriva. Le nouveau ḳāḍi se conforma aux pratiques générales, mul- « tiplia les vicaires, se montra toujours partial en faveur des hauts « personnages de l'Etat[5] ».

La manifestation la plus marquante de l'immoralité qui s'était ain-

(1) Yāḳūt, II, 54. (2) Ibn Nuǧaym, VIII, 53 ; Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 19. (3) Ibn ʿAbdīn, IV, 478. (4) Ibn Farḥūn, II, 115. (5) Abū Al-Maḥāsin, VII, 304.

si répandue dans le corps judiciaire consiste dans la grande propagation de la corruption aussi bien dans la magistrature proprement dite que dans les autres sphères gouvernementales. Ce fait malheureux est reconnu même dans des documents officiels. Ainsi, dans un diplôme d'investiture d'un gouverneur de province, à l'époque ayyubite, daté de l'année 580/1184, on met en garde le titulaire contre ce vice; car, y est-il dit, « la corruption s'est propagée à cette époque[1] ». Dans le chapitre consacré à la magistrature, l'auteur *Mustaṭraf,* rappelant une tradition suivant laquelle le calife 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb aurait interdit de nommer des chrétiens et des juifs à des fonctions publiques et, en particulier, à des fonctions judiciaires, pour cette raison qu'ils seraient accessibles à la corruption, ajoute cette constatation, empruntée à un auteur d'une époque antérieure : « Mais de « notre temps, nos coréligionnaires sont, plus que les chrétiens et « les juifs, accessibles à la corruption[2] ». « La justice est un piège, dit un poète. N'hésite pas à offrir les pots-de-vin au kādi, il se taira ; autrement, tu perdras ton procès. Ne sois pas impressionné par sa *dannyya* ( toque ); paie-lui tout ce qui te tombe sous la main »[3].

La vénalité des charges avait encore contribué grandement à rendre plus profond le mal. La première préoccupation du magistrat qui avait acheté sa charge, était de rentrer dans ses débours, en s'indemnisant sur le justiciable. C'est ce que constate crûment un poète que nous avons déjà cité : « Celui qui a affermé sa charge dit : « je dois tant et tant ; comment pourrai-je avoir ces sommes si je ne « me fais pas payer par les justiciables ». Un poste de magistrature devient moins un poste de service public qu'une officine, soumise à une exploitation effrénée. Comme le disait Loyseau, des anciennes justices seigneuriales en France, les justices, en Islam, sont « des mangeries[4] ».

Tout est occasion pour la corruption et les exactions, aussi bien les actes de juridiction proprement dite que les actes d'administration judiciaire. C'est grâce à ces pratiques que les ḳāḍi amassent des fortunes considérables, que, il est vrai, certains d'entre eux emploient à des fins en elles-mêmes honorables, comme nous l'indiquerons plus loin[5].

(1) Ḳalḳ., XIII, 147.
(2) Ibšīhi, I, 90 قال الشهيدي واصحابنا اليوم اقبل للرشا منهم
(3) Isbahāni, I, 125.
(4) Funck-Brentano, *l'Ancien Régime*, 209.
(5) L'administration des biens wakf donne lieu à des abus très graves : cf. notamment ce passage de Ibn Nuǧaym ( V. 233 ) : الوقف اذا كان عـــلى ارباب معلومين يحصى عددهم لهم نصب

Les exemples historiques d'un tel état de fait sont innombrables. Ils se réfèrent aussi bien aux postes principaux des capitales qu'aux postes secondaires de province, aussi bien aux magistrats qu'aux auxiliaires de justice.

Mas'ūdi rapporte qu'un ḳāḍi d'Alep, du commencement du IVe siècle H., Ibrāhim ibn Ǧābir, qui, avant sa nomination, était dans la misère (كان فقيراً معدماً), devint, quelque temps après, considérablement riche, à tel point qu'il « ne montait que les meilleurs chevaux « et que l'on racontait qu'il offrait à son épouse des vêtements de « très haut prix[1] ». Un ḳāḍi d'Egypte, de la même époque, « savait, « suivant l'expression de Ibn Ḥaǧar, comment gagner les dirhems et les dinars, comment s'attirer les présents ». Mais, ajoute candidement le même auteur, « il ne touchait un dirhem et n'acceptait un « présent qu'en accordant satisfaction à celui qui le lui offrait[2]». Le ḳāḍi Ibn Al-Ḫaṣīb, célèbre par ses habitudes de faussaire, ne tarde pas, après sa nomination, à acheter une grande maison où il offre de grands festins[3]. Ibn Badr Al-Ṣayrafi, ḳāḍi d'Egypte, était notoirement connu comme un juge corruptible[4]. Ibn Šu'ayb, toujours de la même époque, avait cette même réputation[5]. Le fameux Muḥammad ibn Al-Šawārib, qui avait affermé son poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad du Buyide Mu'izz al-dawla, se rattrapait largement sur ses justiciables[6]. Au IIIe siècle H., une somme de dix mille dinars environ ayant été déposée entre les mains d'un des *'udūl* de Cordoue, elle fut réclamée par le nouveau magistrat nommé à ce siège. Or, le dépositaire fit la preuve qu'il avait remis cette somme à l'ancien ḳāḍi de la ville, et il apparut que ce dernier l'avait détournée à son profit personnel[7]. La rapacité de certains magistrats les entraînait parfois à commettre les exactions les plus révoltantes, au détriment de simples particuliers, dont le seul tort était de posséder une fortune qui attisait les convoitises ; et ils employaient à cette fin des procédés de véritable escroquerie. Un exemple caractéristique de ces pratiques est tiré de l'histoire du ḳāḍi al-ḳuḍāt d'Egypte, au début du Ve siècle

المتولي دون استطلاع رأي القاضي واذنه وقيل يلزم واتفق المشايخ المتأخرون ان الافضل ان ينصبوا متولياً ولا يعلموا القاضي في زماننا لما عرف من طمع القضاة في اموال الاوقاف .

*Adde* : Ibn Nuǧaym, V, 243 et Maḳrīzi, IV, 85 ss.

(1) Mas'ūdi, VIII, 190. (2) *Wulāt*, 541. (3) *Wulāt*, 578.
(4) *Wulāt*, 562. (5) *Wulāt*, 565. (6) *Wulāt*, 545.
(7) Ḫušāni, 144.

H., Fāriḳi. Ce magistrat avait jeté son dévolu sur la fortune d'une femme riche du Caire. Il manda quatre de ses šuhūd et leur fit dresser un procès-verbal où ils affirmèrent faussement que cette femme était prodigue, ce qui permit au ḳāḍi de la frapper d'interdiction, et de mettre la main sur tout son héritage[1]. Ce magistrat commettait de telles exactions, dit l'annaliste, que « ses revenus annuels dépassaient « la somme de vingt mille dinars[2] ».

Une des pages de la littérature qui décrit avec le plus de sévérité les mœurs des magistrats, au IVe siècle H., est la célèbre épître qu'adressait le grand écrivain arabe, Badīʿ al-zamān Al-Hamaḏāni, à un haut magistrat, probablement, un ḳāḍi al-ḳuḍāt, dans laquelle il portait plainte contre un autre magistrat qui lui avait fait perdre injustement un procès. Prenant prétexte de cette injustice, l'écrivain déplore, d'une façon générale, l'ignorance des juges de son époque, leur corruption et leur immoralité, et, en des phrases cinglantes, accuse spécialement le juge dont il se plaint de tous ces vices. « Aucu- « ne preuve n'est plus convaincante auprès de lui, dit-il, que les « pièces d'or et un sac bien rempli et cacheté... Malheur au pauvre « ou à l'orphelin qui doivent avoir recours à lui, etc...[3] ».

L'ignorance chez beaucoup, sinon la plupart des magistrats se trouve être malheureusement confirmée par des textes nombreux tirés des différentes époques de l'histoire judiciaire. Nous avons déjà rapporté un grand nombre de ces textes et nous avons vu comment la doctrine elle-même a dû reconnaître cet état de fait, en renonçant à exiger la science juridique comme une condition d'aptitude aux fonctions judiciaires. Ce manque d'instruction est certifié par les document officiels. La formule devient de style, dans les diplômes d'investiture des magistrats, au VIe siècle H., de déplorer cette situation malheureuse où se trouve la magistrature, en vue d'inciter le nouveau titulaire à réagir contre ce courant. Ainsi, un diplôme délivré en l'an 595/1198 par un roi ayyubite au ḳāḍi Ibn Bindar constate qu'en « ce temps, la science a disparu, les principes de la loi se sont « évanouis ne laissant que des vestiges[4] ».

Tout comme Hamaḏāni, les écrivains et les poètes ne manquent

(1) *Wulāt*, 490. (2) *Wulāt*, 613. (3) Barūdi, Bustāni et Taḳi al-dīn, II, 358. (4) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 94, وهذا الزمان قد تلاشت فيه العلوم وعفت رسوم الشريعة حتى صارت كالرسوم .

pas d'exercer leur verve sur cet état d'ignorance de certains magistrats de leur époque. Le poète Ibn Al-Ḳaṭṭān tourne en ridicule Ibn Al-Muraḫḫam, ḳāḍi al-ḳuḍāt sous le califat de Muktafi, entre les années 530/1135 et 555/1160, magistrat qui « pourrait tout au plus con- « naître la science des astres, mais certainement pas la science de « la loi[1] ». Ibn Baṭūta raconte dans ses récits de voyage, qu'il rencontra un jour un juge qui ne savait ni lire ni écrire[2]. L'ignorance de quelques magistrats ainsi que leur immoralité deviennent proverbiales. Tel était le cas, suivant Ibšīhi, des ḳāḍi de Mami, de Aydağ, de Kaskar et de Šalaba; et il est difficile de transcrire certaines satires qui circulaient contre ces magistrats...[3].

Un autre aspect de l'état des mœurs judiciaires se manifeste dans la description de la conduite des magistrats dans leur vie privée. Là encore, sous réserve toutefois de notables exceptions que nous indiquerons bientôt, on relève un contraste frappant entre le type idéal du juge musulman tel qu'il est décrit dans les ouvrages théologico-juridiques, qui doit se distinguer non seulement par sa science et sa probité, mais même par une grande austérité de mœurs, voire, d'ascétisme, et, d'autre part, la réalité historique.

Ayant amassé, pour la plupart, une fortune appréciable. et, certains, vivant dans une véritable opulence, et jouissant d'un prestige et d'une puissance considérables, les ḳāḍi se sont laissés griser par ces bienfaits matériels, ont suivi la mode de leur siècle et souvent ont sacrifié leur vertu au plus bas instincts.

Le soin que prenaient certains ḳāḍi de leur personne et de leur habillement était extrême. Rappelons à cet égard ce que rapporte Kindi sur le ḳāḍi, de la fin du IIe siècle H., 'Umari. Un visiteur étant entré chez lui, le vit « étendu, sans chaussures, les mains fardées de « jaune et les cils de *koḥl* ; il avait revêtu une robe jaune (معصفر) « et s'était oint de ملاب ( mulāb )[4] ». Un ḳāḍi de Bagdad, du nom de Abū-'Umar, du IVe siècle H,, était célèbre pour la recherche dans son

(1) Ibn Ḫallikān, éd. Wust., V. 60 ;

يا ابن المرخّم صرت فينا قاضياً  خرف الزمان تراه ام نحن الفلك
ان كنت تحكم بالنجوم فربما  اما بشرع محمد من اين لك

(2) Rappelons, à cet égard, la règle admise par la doctrine, suivant laquelle la nomination d'un juge illettré est valable ( Ġazāli, *Waǧīz*, II, 143 ). (3) Ibšīhi, I, 217.
(4) *Wulāt*, 403.

habillement. S'étant présenté, un jour, richement habillé, devant le wazīr 'Ali ibn 'Isa, celui-ci voulut lui en faire honte, — surtout que ce wazīr lui-même ne portait que des vêtements de bien moindre valeur — ; il lui demanda à quel prix il avait acheté son costume. Ayant compris le sens de cette question, le ḳāḍi chercha à s'excuser par cette réponse, qui en dit long sur les habitudes généralement suivies par les magistrats : « O wazīr, ta personnalité même embellit les vêtements ; elle n'a pas besoin de grande recherche. Mais nous, « ce sont les vêtements qui nous embellissent. Nous nous en parons, « devant le vulgaire, qui se laisse impressionner par ce que voient « ses yeux. La majesté et l'opulence de nos vêtements assurent le « respect du public[1] ».

Quant aux plaisirs mondains, certains ḳāḍi s'y adonnaient sans réserve. Ils aimaient la musique et la compagnie du beau sexe[2]. Souvent, favoris des califes et des grands personnage de l'Etat, ils étaient leurs commensaux et leurs compagnons de plaisirs[3]. Un des textes historiques qui décrivent le mieux cet aspect de la vie privée des magistrats et des hommes de loi en général, est un passage rapporté par Yaḳūt et Ibn Ḫallikān, relatif au ḳāḍi Tannūḫi, de la première moitié du IVe siècle H., « Il était du nombre des juristes et magis- « trats qui étaient les convives ordinaires ( ينادمون ) du ministre Mu- « hallabi. Ils se réunissaient chez lui, la nuit, deux fois par semaine « et, rejetant toute pudeur, ils s'adonnaient aux plaisirs de la table « et des sens. Ces personnages étaient les ḳāḍi Abū-Bakr ibn Farī'a, « Ibn Ma'rūf, Al-Tannūḫi et d'autres. C'étaient des hommes avancés « en âge, à barbe longue et blanche, comme le wazīr Muhallabi lui- « même. Après s'être enivrés de plaisir, ils se livraient à des ébats « sans pudeur. Les convives prenaient à la main, chacun, une cou- « pe en or, valant mille miṯḳāl, remplie de boisson... et, après y avoir « plongé leur barbe, ils en buvaient une grande partie, et en répan- « daient le reste les uns sur les autres. Ils se mettaient ensuite à dan- « ser... jusqu'à la levée du jour. Ils reprenaient alors, comme à l'habi- « tude, des airs graves et réservés, convenants à leurs fonctions ju- « diciaires[4] ».

Yāḳūt décrit une autre scène de ces sortes de bacchanales. Le ministre Abū-Ḥasan donna un jour un festinet il engagea à cet effet des

(1) Ṣābi, 328. (2) Mubārak, I, 335. (3) Tannūḫi, 157.
(4) Yāḳūt, V, 335 ; Ibn Ḫallikān, I, 446.

chanteurs et cantatrices. A ce festin était convié le ḳāḍi Ibn Al-Azraḳ ( du IVe siècle H. ). « Après le repas, vint le tour des boissons... Le ḳāḍi but à tel point qu'il s'enivra et tomba par terre, on dut le rouler dans son *ṭaylasān* et l'emporter chez lui[1] ». — Le ḳāḍi dont se plaint Hamaḏāni est un magistrat qui « a usé sa jeunesse « dans la débauche, qui passe ses loisirs à entendre la musique... « qui s'affaiblit par la boisson... qui remplace le sommeil par les « veilles, etc... ». Lorsqu'en 322/933, la soldatesque envahit la demeure du ḳāḍi du Caire, Ismā'īl Al-Maḳdisi, elle y trouva toutes sortes d'instruments de divertissement et d'objets servant aux séances d'ivresse[2].

Les mêmes vices que l'on reprochait, comme on l'a déjà vu, à certains hauts magistrats de l'époque antérieure, sont aussi relevés à la charge de ḳāḍi des siècles suivants. Citons le cas du ḳāḍi al-ḳuḍāt des Abbassides, 'Abdallah ibn abi Al-Šawārib[3], du kāḍi al-kuḍāt de Damas, au VIIe siècle H., Ibn Ḫallikān[4]. Les anecdotes à ce sujet se multiplient. D'ailleurs, en leur exagération, elles semblent tenir, souvent, plus de la légende que de la vérité, et tant pour cette raison que pour le langage trop cru dans lequel elles sont rapportées, elles ne sauraient être reproduites ici[5].

Ces mœurs judiciaires suscitaient naturellement dans le peuple une réaction qui s'exprimait de deux manières : d'une part, dans la littérature, d'autre part, par des manifestations et même par de véritables émeutes. Le sentiment de la nécessité de la pureté de mœurs chez le juge était resté vivace dans le peuple; aussi, malgré l'oppression sous laquelle il gémissait, ne manquait-il pas les occasions favorables pour crier son indignation. Les chroniques rapportent divers faits dans ce sens[6].

A cet égard encore la littérature courante ne ménage pas les

(1) Yāḳūt, V, 260. (2) *Wulāt*, 544. (3) Ibn Ḥamdūn, *in* Amedroz, JRAS, 1910, 789. (4) *Ṯamarāt* sur *Mustaṭraf*, I, 24. (5) Ibšīhi, II, 218; Isbahāni, I, 128. (6) *Wulāt*, 540, 543, 544, 545. Très significative à cet égard, la coutume relevée au Maroc par Westermarck. « A Fez, « une personne possédant la *baraka* ( mot qui signifie bénédiction, plus précisément : pu- « reté des mœurs ) évite soigneusement de traverrer la place où siègent le juge et les « notaires, parce qu'il s'y trouve beaucoup de péchés accumulés : ceux des criminels qui « furent amenés là ceux des notaires qui rédigèrent des accusations fausses, ceux des « magistrats qui rendirent des arrêts contraires à la justice », ( Westermarck, *Survivances païennes dans la civilisation mahométane*, 155.

magistrats. Un ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad est, suivant un poète, un magistrat qui « a porté un coup mortel à la loi, qui a avili le sens de l'honneur sexuel et le prix du sang[1] ». Faisant parler la ḳalansuwa ( toque ) d'un ḳāḍi, un poète du IVe siècle H. la représente « ap- « pelant au secours, implorant qu'on l'enlève, car elle ne se trouve « pas à la place dont elle est digne et craint que, la voyant, le mon- « de ne se moque d'elle[2] ». Un ḳāḍi d'Egypte, de la même époque, est accusé d'être « sourd à toute raison, en toutes choses, d'être no- « toirement mécréant... de ne pas craindre Dieu, dans l'exercice de ses fonctions[3] ». Dans une satire violente contre un ḳāḍi contemporain, le célèbre poète Mutanabbi le traite de « fils sans père, d'hom- « me sans moralité et sans raison[4] ». Par ailleurs, tous les livres dans le genre de Mustaṭraf sont remplis d'anecdotes, de diatribes rimées ou en prose, soit contre les magistrats, en général, soit contre quelques-uns d'entre eux, nommément. Sans doute, on ne saurait se prononcer d'une façon certaine sur la vérité de toutes les accusations qui sont ainsi portées contre la magistrature, mais on ne peut s'empêcher d'admettre que, dans leur ensemble, elles expriment une opinion courante.

Un des chapitres curieux de la littérature est constitué par un ensemble impressionnant de traditions ou ḥadīṯ, d'anecdotes plus ou moins authentiques, de développements doctrinaux qui tendent tous à représenter la carrière judiciaire comme particulièrement redoutable, devant être évitée par tous les moyens possibles, exposant celui qui l'adopte à toutes sortes de maux dans ce monde et dans l'autre.

Nous avons déjà eu l'occasion, en parlant du caractère religieux de la magistrature, en Islam, de relever quelques-uns des ḥadīṯ de ce genre. Suivant l'un d'eux, attribué à l'un des Compagnons du Prophète, Ibn Mas'ud, l'entrée dans la magistrature est considérée, en soi, comme un mal ( بلوى ) ; elle entraîne la perdition dans l'autre monde. Au jour du Jugement dernier, le ḳāḍi est placé au bord de l'abîme de l'enfer. Il subira alors de telles épreuves qu'il souhaitera n'avoir jamais jugé une seule affaire. — Il est préférable de se crever l'œil de sa propre main que d'accepter un poste dans la magistrature. — « Celui qui accepte un poste de ḳāḍi est comme s'il était

(1) *Wulāt*, 546. (2) Mubārak, II, 83. (3) *Wulāt*, 570.
(4) Bustāni, *Diwān al-Mutanabbi*, 6.

égorgé sans couteau » dit un adage. — Un nommé Naṣr ibn 'Ali, ayant été sollicité d'accepter un poste de ḳāḍi, en éprouva une si profonde tristesse que, rentré chez lui, il fut frappé de mort subite. — A l'émissaire qui lui faisait une proposition de ce genre, Abū-'Ubayda ibn Ḥanīfa demanda de mettre un doigt de sa main au feu qui pétillait devant lui. « Pourquoi me demandes-tu cela » dit l'émissaire. « Tu t'étonnes de ce que je te demande de mettre ton doigt « au feu, réplique Ibn 'Ubayda, alors que tu m'invites à me jeter tout « entier dans le feu de la géhenne[1]». « Sur trois ḳāḍi, dit un ḥadīṯ, un seul va au ciel et les deux autres vont en enfer ».

En conséquence, la doctrine enseigne, en général, que l'on doit éviter autant que possible d'entrer dans la magistrature[2]. Les cas sont nombreux de personnes réputées pour leur science et leur vertu, qu'on présente comme ayant refusé des offres d'emploi. Sans doute, quelques-uns de ces cas ne peuvent pas être admis comme certainement authentiques ; telle la tradition suivant laquelle Abū-Ḥanīfa, aurait opposé un refus formel à l'appel de l'autorité, et tous les moyens de contrainte, allant jusqu'à la fustigation et l'emprisonnement, ne seraient pas arrivés à lui faire changer de décision. 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb aurait chargé le conquérant de l'Egypte, 'Amr ibn Al-'Aṣ, de nommer Ka'b ibn Ḍinna ḳāḍi de cette province. Mais celui-ci aurait refusé, faisant valoir qu'ayant déjà éprouvé l'amertume des fonctions judiciaires, du temps de la Ǧāhilyya, il ne voulait pas s'exposer au même danger, en Islam[3]. Dans les premières années du IIe siècle H., Abū-Kilāba Al-Ǧurmi se serait enfui de Syrie pour éviter sa nomination comme ḳāḍi de Baṣra[4]. Vers la même époque, Sa'īd ibn Rabī'a aurait refusé le poste de ḳāḍi d'Egypte[5]. — Lorsqu'une personne vertueuse se trouve contrainte d'accepter un emploi judiciaire, elle se considère comme victime d'un véritable malheur. Ainsi, en aurait-il été, dans la première moitié du IIe siècle H., de Muḥārib Al-Šaybāni[6]. Lorsqu'en l'an 139/756, Ibn Ḥuǧayra fut nommé ḳāḍi d'Egypte, la nouvelle en étant parvenue à son père, qui se trouvait en Palestine, il s'écria : « Mon fils est perdu[7] ! ».

Seraient-elles apocryphes, ces traditions n'en révèlent pas moins un état d'esprit. Au surplus, il est d'autres cas dont il serait difficile

(1) Ibn Ḳutayba, 60 ; Saraḫsi, VVI, 68 ; Nuwayri, VI, 283 ; Ibšīhi, I, 118.
(2) Saraḫsi, *ibid.* (3) *Wulāt*, 302. (4) Abū Al-Maḥāsin, I, 254.
(5) *Wulāt*, 341. (6) Ibn Ḳutayba, éd. Brok., 93 ; Abū Al-Maḥāsin, I, 287.
(7) *Wulāt*, 315.

de contester l'authenticité. En l'an 144/761, le nommé Ḥayāt refuse le poste de ḳāḍi d'Egypte[1]. Au début du IIIe siècle H., 'Ali ibn Šaddād refuse ce même poste, qui lui était proposé par le calife Ma'mūn en personne[2]. Ibrahim Al-Marwazi, Mūsa Al-Ǧawzjāni rejettent des offres de nomination qui leur sont faites par le même calife[3]. Même attitude de Abū-Šuǧā' Al-Ṭalǧi, au IVe siècle H.[4]. En 237/851, Ibn Miskīn n'accepte sa nomination comme ḳāḍi d'Egypte, qui pourtant, lui était arrivée par lettre du calife Mutawakkil, que sur l'insistance de ses parents et amis[5]. Au début du IVe siècle H., Abū-'Ali ibn Ḫayrān refuse un poste de ḳāḍi qui lui était proposé par le ministre du califat, 'Ali ibn 'Isa, et à cause de ce refus il est jeté en prison[6]. Même attitude de la part de Aḥmad Al-Rāzi[7]. Au VIIIe siècle H., Bābarti, Tabbāni refusent le poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt du royaume des Mamluks[8].

Des cas du même genre se retrouvent au Maġreb et en Espagne. Miṣ'ab ibn 'Umrān refuse le poste de ḳāḍi de Cordoue que lui offrait 'Abd Al-Raḥmān[9]. Zyād ibn 'Abd Al-Raḥmān, du début du VIe siècle H., prend la fuite lorsqu'il apprend que Hišām avait décidé de le nommer au siège de cette même ville[10]. Hišām ibn Al-'Awwād rejette toutes les propositions qui lui sont faites pour des emplois de ḳāḍi en différentes villes[11]. Lorsqu'au début du Ve siècle H., Ma'afiri dut accepter le poste de ḳāḍi al-ǧamā'a de Cordoue, « il ne cessa de de-« mander avec insistance d'être démis de ses fonctions jusqu'à ce « qu'enfin sa démission fut agréée... et lorsque la lettre d'acceptaion « de sa démission lui parvint, il éprouva une grande joie... et ( en « signe de remerciement à Dieu ) il offrit un *mudd* de blé, en aumo-« ne[12] ». A la fin du VIe siècle H., 'Abdallah ibn Marwān fut amené, par la contrainte, à occuper le poste de ḳāḍi de Valence[13].

Une caractéristique générale de tous les cas du genre de ceux que nous venons d'énumérer consiste en ce que les auteurs qui les rapportent ne manquent pas de faire valoir les hautes qualités du personnage qui se dérobe à l'appel de l'autorité, en présentant cette attitude comme la marque d'une grande vertu et comme inspirée par

(1) *Wulāt*, 363. (2) *Wulāt*, 442. (3) Ibn Ḳutlubuǧa, 2.
(4) Ibn Ḳutlubuǧa, 4. (5) *Wulāt*, 468. (6) Bowen, 120.
(7) Ibn Ḳutlubuǧa, 4. (8) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 217. (9) Ḫušāni, 9.
(10) Ḫušāni, 10. (11) Ibn Baškuwāl, 594. (12) Ibn Baškuwāl, 309.
(13) Ibn Abbār, *Takmila*, II, 499. Cf., pour d'autres cas de refus des fonctions judiciaires : *Aġāni*, V, 137, VIII, 45, *in* Goldziher, *Muḥamm. Stud.*, II, 40.

le souci de fuir une situation où cette vertu serait exposée à graves périls. C'est, d'ailleurs, cette constatation qui va nous aider à rechercher les causes véritables de l'attitude que nous venons de décrire, et nous porte à la rattacher à létat des mœurs judiciaires telles que nous les avons exposées. Nous sommes heureux de nous trouver d'accord sur ce point avec un savant égyptien, M. Zaki Mubārak, qui, bien que n'ayant pas eu à exposer, dans toute son ampleur, le point de vue qui nous semble être le seul véridique, n'en a pas moins décelé le principe. Après avoir affirmé la propagation de la vénalité et de la corruption dans les diverses sphères du gouvernement, M. Mubārak ajoute : « C'est ainsi que nous pouvons « comprendre pourquoi un certain nombre d'hommes de piété et de « vertu répugnaient aux fonctions publiques et, en particulier, aux « fonctions judiciaires[1] ».

Mais ce n'est pas seulement la vénalité et la corruption qui inspiraient aux hommes vertueux ce sentiment de répugnance ; toute une série d'autres facteurs contribuaient encore, en abaissant le niveau de moralité dans la magistrature, à provoquer ce même sentiment. Tous ces facteurs s'enchaînaient les uns avec les autres, se stimulant les uns les autres. L'un d'eux, non des moindres, était l'asservissement du pouvoir judiciaire au pouvoir exécutif. Malgré des cas exceptionnels retentissants, les magistrats étaient devenus des instruments dociles entre les mains des califes, des wazīr, des gouverneurs et des puissants du jour. Le sentiment de répugnance était doublé d'un sentiment de crainte. En raison même de cet état d'asservissement. de la tyrannie et des abus du pouvoir exécutif, l'acceptation d'un poste de judicature, pour un homme probe et indépendant, n'allait pas sans risques graves. Les cas sont très nombreux, en effet, de magistrats qui, pour tel acte de leur fonction ayant déplu au détenteur du pouvoir suprême, tombent victimes de vexations,, de représailles allant même jusqu'à la mise à mort[2].

Les périls ne provenaient pas seulement des représentants de l'autorité supérieure, mais aussi de particuliers, qui, pour un motif quelconque, exerçaient leur vengeance contre un magistrat[3].

Nos conclusions sur ce point trouvent une confirmation dans un passage très explicite d'un jurisconsulte musulman de la fin du

(1) Mubārak, I, 334 ; cf. Amedroz, JRAS, 1910, 775. 478, 479 ; Faraḍi, II, 50 ; Ibn Abbār, *Takmila*, II, 474.

(2) *Wulāt*, 393.

(3) *Wulāt*, 495, 597.

VIIIe siècle H.. Vu l'importance de ce texte et la façon suivant laquelle la question y est discutée, il n'est pas sans intérêt de le reproduire : « La plupart des auteurs, dit Ibn Farḥūn, ont représenté comme redoutable l'exercice des fonctions judiciaires et ont exagéré « leurs exhortations à éviter l'entrée dans la magistrature. Ils ont « formulé le vœu de se détourner de cette carrière et de la fuir ; à « tel point que l'opinion s'est enracinée chez beaucoup de juristes et « d'hommes justes que l'acceptation d'un poste de judicature est fa- « tale pour la piété religieuse et entraîne la perdition... Or, cette « opinion est une erreur énorme... Nous devons, au contraire, avoir « une grande considération pour cette fonction si honorable et re- « connaître son caractère éminemment religieux ( suivent des ḥadīṯ « attribués au Prophète où sont exaltées les fonctions de magistrat ). « Tous les ḥadīṯ qui ont été rapportés, tendant à faire redouter la « magistrature, n'ont été inspirés que par l'exemple des magistrats « iniques, savants ou ignorants ». Ibn Farḥūn discute ensuite tous ces ḥadīṯ, en les interprétant dans ce sens que seuls les mauvais magistrats peuvent craindre les menaces que formulent ces ḥadīṯ qu'au contraire ils impliquent de grands encouragements pour les magistrats conciencieux[1]. La pensée de Ibn Farḥūn est bien claire : ce qui a amené les auteurs des ḥadīṯ à détourner le monde de la magistrature, c'est bien l'état d'indignité dans laquelle étaient tombés un très grand nombre de magistrats[2].

Le tableau que nous avons essayé de dresser des mœurs judiciaires n'autorise pas à faire croire que les belles qualités morales ont fait défaut dans la magistrature islamique. En Espagne, au cours de la période du califat umayyade, la haute tenue morale des magistrats paraît, même, être le fait général ( Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 136 s. ). Il a existé des magistrats célè-

(1) Ibn Farḥūn, I, 9.

(2) Le célèbre orientaliste Goldziher considère que cette attitude de répugnance aux fonctions publiques, en général, et, plus spécialement, aux fonctions judiciaires, est une des manifestations de l'esprit d'hostilité que nourrissaient les représentants attitrés de la piété musulmane à l'égard de la dynastie umayyade qui s'était rendue impopulaire par son esprit rireligieux ( *Muhamm. Stud.*, II, 39 s. ). Nous ne contesterons pas la part de vérité que renferme cette opinion ( cf. le point de vue de Lammens — *Etudes sur les siècles des Umayyades*, 109 ) ; mais nous ne pouvons reconnaître au facteur dont elle fait état qu'une influence très restreinte et secondaire. En effet, les cas les plus caractéristiques de refus de fonctions judiciaires ne commencent à apparaître qu'après la chute de la dynastie umayyade et à partir de l'avènement de la dynastie abbasside, particulièrement appréciée pour son souci de remettre en honneur les principes de la religion.

bres par leur science et leur vertu. Tant l'exemple de tels magistrats que l'insistance continuelle de la doctrine à exalter la haute mission de la magistrature, les grandes qualités dont doit se parer toute personne appelée à en faire partie, constituent autant de preuves de l'idée très haute que l'opinion commune avait du pouvoir judiciaire et de la dignité des titulaires de ce pouvoir. On peut même trouver surprenant qu'en dépit de la vague d'immoralité qui a sévi dans les sphères gouvernementales et judiciaires, cet idéal ait toujours été soutenu, à travers les siècles.

On relève de nombreux traits dans ce sens, relatifs à l'histoire de diverses régions et qui marquent la vertu de certains magistrats, leur grand caractère, leur esprit d'indépendance à l'égard même des plus hautes autorités[1]. Quelques-uns ont laissé même une réputation de sainteté[2].

Des personnalités, qui ont occupé dans la magistrature un rang éminent, cultivent les arts littéraires et les sciences historiques et juridiques[3]. Certains sont auteurs d'ouvrages jusqu'aujourd'hui célèbres. Il est à noter que tout naturellement ce mouvement scientifique n'a commencé à se dessiner dans la magistrature, qu'à partir de la fin du IIe siècle H., alors que, par contre, les cas des magistrats qui ont laissé une réputation de haute moralité devenaient à partir de la même époque de plus en plus rares.

Un autre aspect intéressant de l'état des mœurs judiciaires se manifeste dans le prestige dont jouissaient certains magistrats dans la société et l'influence qu'ils exerçaient dans la vie publique.

De cette situation éminente qu'occupent les magistrats dans la société musulmane, nous avons des échos particulièrement nets dans certains ouvrages de doctrine et d'histoire. « Le kāḍi est l'officier pu- « blic le plus important, après le souverain, dit l'historien Ḫušāni[4] ». Il doit être considéré comme supérieur en autorité au *wazīr*; il a sur lui un droit de surveillance et de direction. Suivant Ibn 'Abdūn, un des devoirs du ḳāḍi est de convoquer régulièrement chez lui le *wazīr*

(1) Cf. pour l'Egypte, *Wulāt*, 343, 351, 388, 393, 427, 478, 486, 525, 528, 575 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, I,103, II, 91 ; — Pour l'Espagne, Ḫušāni, 47, 103, 112, 119 ; Maḳḳari, I, 336 ; — Ibn Al-Aṯīr, VIII, 242. (2) *Wulāt*, 478. Les tombeaux de Ibn Ḳutayba de Fuḍāla, au Caire, sont restés l'objet de la vénération publique et constituent des lieux de pèlerinage, (Maḳrīzi, IV, 344). (3) Cf. Yāḳūt, I, 279 ; II, 17, 51, 199.
(4) Ḫušāni, 7.

(وزير الدولة), de lui ordonner de passer le voir, le matin et le soir de chaque jour. Il faut que le ḳāḍi ait sur le wazīr autorité et contrôle, afin qu'il l'empêche d'accomplir, dans l'exercice de ses fonctions auprès du sultan, un acte qui serait contraire aux intérêts des musulmans. Avant de décider des affaires avec le sultan, le wazīr doit en délibérer avec le ḳāḍi et dans le cas où le souverain traiterait d'une question, avant que le ḳāḍi en eût eu connaissance, le wazīr ne doit pas tarder à en référer au magistrat[1].

Quoique ces règles théoriques ne semblent pas avoir eu dans la pratique l'application qu'elles postulaient, il n'en reste pas moins qu'elles sont révélatrices de la considération dont jouissait le titulaire des fonctions judiciaires tant auprès des maîtres du pouvoir qu'au regard du public, Au surplus, les faits historiques ne manquent pas, où l'on voit des magistrats, en particulier, quelques-uns de ceux qui ont occupé un haut rang dans la hiérarchie judiciaire, exercer auprès des souverains de l'Islam, dans la direction des affaires de l'Etat, un rôle de premier plan. Le ḳāḍi Abū-Yūsof est non seulement le chef suprême de la magistrature, mais en même temps le conseiller intime du calife Hārūn Al-Rašīd ; et il rédige, à l'intention de ce monarque, des principes généraux concernant le gouvernement de la nation, dans son fameux livre, *Kitāb al-ḫarāǧ*. Quelques années plus tard, Yaḥya ibn Akṯam joue auprès de Ma'mūn un rôle de conseiller et de favori. Nous verrons plus en détail, en étudiant, dans le un peu plus loin, les attributions reconnues en droit aux ḳāḍi ou exercées en fait par eux, le rôle politique que certains d'entre eux ont joué dans le gouvernement.

Les cas sont nombreux, spécialement au cours des deux premiers siècles, de califes qui consentent à soumettre leurs litiges, au jugement de leurs propres ḳāḍi. Sans doute, beaucoup de ces anecdotes ne présentent pas toutes garanties d'authenticité, mais on ne peut refuser créance à tout leur ensemble. Le calife Manṣūr envoie quérir spécialement d'Egypte le ḳāḍi de cette province, pour le jugement d'un litige surgi entre lui et la mère du futur calife, Mahdi[2]. Ma'mūn se fait juger par Yaḥya ibn Akṯam. Un des fils de Mahdi soumet un procès qu'il avait avec le médecin de la Cour, Ibn Baḫtišū', au ḳāḍi al-ḳuḍāt Aḥmad ibn abi Du'ād[3]. Vers la fin du VIe siè-

(1) Ibn 'Abdūn, *op. cit.*, 204. (2) *Wulāt*, 375. (3) Cf., pour une série de ce genre, Aḥmad Zaki, *Ǧāḥiẓ*, 161, n. 1.

cle H., une sœur d'un prince du Maġreb, ayant quitté son mari, pour se réfugier chez son frère, le mari a recours au ḳāḍi de Marrākeš pour obtenir du Prince de lui renvoyer son épouse[1].

A l'égard de certains gouverneurs des villes, l'autorité du ḳāḍi est encore plus grande. Le chroniqueur judiciaire d'Andalousie, Ḫušāni, rapporte un trait caractéristique à cet égard. Victime des vexations du *ṣāḥib al-madīna* de Cordoue, un particulier porte plainte contre ce haut fonctionnaire devant le *ḳāḍi al-ǧamā'a*. Sulaymān ibn Aswad. Ce magistrat donna ordre à l'un de ses émissaires « de faire « comparaître devant lui le ṣāḥib al-madīna, de gré ou de force ; mais « celui-ci préféra se présenter volontairement[2] ».

En tous cas, les princes et les rois ne pensaient pas déchoir en faisant des ḳāḍi leurs compagnons habituels. Nous avons déjà vu certains exemples de ce genre. Citons-en quelques autres. « Sawwār « Al-Anbāri, ḳāḍi de Baṣra, disent les Aġāni, est le commensal de Man- « ṣūr[3], lorsque ce calife passe dans cette ville ». Le ḳāḍi Mālik Al-Fāriḳi ( 398/1007 - 405/1014 ) est le commensal habituel du calife fatimite Al-Ḥākim[4].

Les califes fatimites rehaussent la solennité et l'éclat des cérémonies auxquelles ils participent en se faisant accompagner de leurs ḳāḍi et en les plaçant tout près d'eux. Ainsi au cours des cérémonies du vendredi et des jours de fêtes, le calife Ḥākim faisaient monter avec lui, au minbar de la mosquée, son ḳāḍi 'Abd Al-'Azīz ibn Ḥayyūn ; et ce n'était pas là une innovation ; car le texte ajoute que le calife ne faisait ainsi que se conformer à un usage préexistant[5]. Ḥākim agit de même avec le successeur de ibn Ḥayyūn, Mālik Al-Fāriḳi[6].

De plus en plus, et en conformité du mouvement que nous avons déjà décrit, en ce qui concerne leur vie privée, aussi bien que du rôle social qu'ils ont exercé, les magistrats, éloignés de plus en plus de l'idéal religieux enseigné par la doctrine, suivent dans leur mode de vie, l'exemple des puissants du siècle et des grands personnages de l'Etat. Cette transformation semble accomplie au IVe siècle H.. Grâce aux revenus de diverses sortes que leur assurent leurs

(1) Ibn Ḫallikān, II, 433. (2) Ḫušāni, 134. (3) *Aġāni*, nouv. éd., V, 260. (4) *Wulāt*, 497 s. (5) *Wulāt*, 495.
(6) *Wulāt*, 497 s.

fonctions, les magistrats, et en particulier, les ḳāḍi des capitales d'empire ou de provinces, mènent un train de vie opulent. Un des premiers soins d'un magistrat nouvellement nommé est d'avoir une habitation vaste et luxueuse, qui lui permettra de tenir son rang et sera digne de ses visiteurs[1]. Parfois, c'était le prince qui offrait en présent au ḳāḍi qu'il nommait une demeure somptueuse[2]. A diverses occasions, comme les jours de fête, les portes de ces importantes résidences s'ouvraient toutes grandes pour recevoir les personnes de marque, notabilités de la ville et de la province, qui s'empressaient pour venir présenter au magistrat leurs souhaits et leur hommages. On rapporte à propos du ḳāḍi Ibn 'Abda, que personne par« mi les notabilités de la ville du Caire, hommes de loi, hommes de « ḥadīṯ, šuhūd, hauts fonctionnaires, généraux, négociants, ne man« quaient, les jours de fête, d'aller lui présenter leurs vœux[3] ». D'ailleurs, dans leurs demeures, les ḳāḍi pratiquent la plus large hospitalité. Quiconque, à n'importe quel jour et n'importe quel moment, se rendait chez eux, était assuré d'être reçu et de trouver table servie[4]. Une domesticité en conséquence était entretenue. Ibn 'Abda « avait à son service cent esclaves[5] ». « Abū-Zur'a vivait dans l'opu« lence et il était très accueillant ; et on dit que ses dépenses de ta« ble atteignaient par mois quatre cents dinars[6] ».

Dans ces résidences, les ḳāḍi, grands seigneurs, tenaient de véritables cours où se réunissaient des poètes, des écrivains, des philosophes. Lorsque le maître des céans était lui-même cultivé ou s'intéressait tout au moins aux choses de l'esprit, il se formait alors chez lui de véritables salons littéraires et philosophiques. Le magistrat prenait souvent lui-même la direction des débats et ne manquait pas d'y participer activement. Ainsi, raconte l'historien Yāḳūt, le célèbre Yaḥya ibn Akṯam tenait un salon où se réunissaient des savants, des philosophes, des juristes et des poètes. La discussion s'engageait sur les diverses branches qui constituaient les spécialités respectives de ses hôtes, et Yaḥya ibn Akṯam avait en toutes ces matières une opinion personnelle à exprimer[7]. De même, le ḳāḍi d'Egypte, Ḏuhli (348/959-366/976) réunissait chez lui « des esprits d'opinions di« vergentes. Des débats contradictoires s'engageaient entre eux,

(1) *Wulāt*, 578, 516. (2) *Wulāt*, 605. (3) *Wulāt*, 516.
(4) *Wulāt, eod loc.* (5) *Wulāt, eod. loc.* (6) *Wulāt*, 562.
(7) Yāḳūt, II, 199.

« qu'il dirigeait lui-même et auxquels il participait en faisant des ob-
« servations pertinentes et appréciées[1] ».

Cultivés ou non, les ḳāḍi pratiquaient la mode du jour, suivie par les grands personnages du monde, en s'érigeant en véritables mécènes. Ǧāḥiz raconte que le ḳāḍi al-kudāt, Ibn Dāwūd, lui fit don d'une somme de cinq mille dinars pour son livre, *Al-bayān wa al-tabiīn*[2]. Le kāḍi fatimite Ḥusayn ibn Ḥayyūn, raconte Ibn Ḥağar, était extrêmement généreux à l'égard des savants, des écrivains et des poètes. Il avait fixé à chacun d'eux des gratifications mensuelles, « en blé et en orge et autres objets, sans compter les vêtements et autres présents qu'il leur offrait[3] ». Il n'est pas étonnant de relever dans la littérature arabe nombre de poèmes rédigés à la gloire de tel ou tel kāḍi. Ils font partie du *madīḥ* que tenaient à provoquer tous les grands personnages, califes, princes, gouverneurs etc... Naturellement, comme dans tous les cas de ce genre, ces poèmes étaient largement payés, et c'était presque toujours en vue de cette rétribution qu'ils étaient écrits. Ainsi, le kāḍi Muḥammad ibn Al-Ḫaṣīb, connu pour son immoralité, est un des personnages dont la gloire a été chantée, alors qu'il était kāḍi d'Antioche, par le grand poète, Mutanabbi, dans un poème fameux[4]. « Le kāḍi Tannūḫi, raconte Yāḳūt, ne cessait « d'être loué par les poètes ; et lui-même ne cessait de les récom-
« penser[5] ».

Ces munificences, les kāḍi ne se contentaient pas de les pratiquer au profit des beaux esprits qui les comblaient de flatteries ou qu'ils appréciaient d'une façon désintéressée, mais aussi au profit de leurs auxiliaires et collaborateurs. Un kāḍi du IIIe siècle H. est vanté par un poète pour le nombre des šuhūd qu'il a enrichis[6]. La générosité de ces grands seigneurs s'exerçaient largement, aussi, à l'égard des hommes dans le besoin. Tannūḫi « ne laissait aucune personne « venu lui demander de l'argent s'en aller les mains vides, à tel point « que sa fortune se ressentit de tant de libéralités[7] ». D'après Ibn Ḥağar, c'était une habitude du kāḍi Al-Fāriḳi de distribuer aux nécessiteux des pièces d'or ; en tout lieu où il se trouvait, « les indigents le poursuivaient et l'entouraient, et aucun de ceux-là ne le quittait sans être satisfait[8] ».

(1) *Wulāt*, 582 ; Yāḳūt, I, 214.
(2) Gāḥiẓ, *Bayān*, I, 190.
(3) *Wulāt*, 598.
(4) *Wulāt*, 578.
(5) Yāḳūt, V, 273.
(6) *Wulāt*, 461. Cf. pour d'autres cas, *Wulāt*, 516, 552.
(7) Yāḳūt, V, 273.
(8) *Wulāt*, 605.

Une dernière caractéristique de cette haute situation des magistrats a consisté dans leur tendance à adopter, dans l'exercice de leurs pouvoir d'administration judiciaire, les mêmes usages que ceux suivis par l'autorité supérieure. Accorder une *ḫil'a* aux hauts fonctionnaires, à l'occasion de leur nomination, est le signe, de la part du personnage qui le fait, de pouvoir indépendant et princier. C'est pourquoi, jusque vers la fin du IVe siècle H., seuls, les califes et les vices-rois autonomes jouissent de ce privilège. Or, la puissance et le prestige des magistrats, tout au moins des kāḍi al-kuḍāt, grandissent à tel point qu'ils vont jusqu'à user de même privilège ; et c'est ainsi que le kāḍi al-kuḥāt fatimite, Fāriḳi, inaugure la costume de remettre une *ḫil'a* aux vicaires qu'ils désignent[1].

(1) *Wulāt*, 604.

CHAPITRE SIZIÈME

# LA RÉTRIBUTION DES FONCTIONS JUDICIAIRES

## Section I. — L'enseignement de la doctrine

La théorie enseignée par les auteurs quant à la rémunération des emplois judiciaires est en connexion étroite avec le caractére religieux que la doctrine attribue à la magistrature. En raison de ce caractère, les fonctions de juge sont en principe gratuites[1]. La perception d'une rémunération n'est qu'une simple tolérance, un pis-aller, imposé par des nécessités pratiques. Le juge n'est autorisé à toucher une rétribution que s'il en a besoin, pour sa subsistance et celle de sa famille, — afin qu'il ne soit pas tenté de commettre des exactions ou de se laisser corrompre[2]. C'est pourquoi, si le magistrat possède une fortune personnelle, qui le met à l'abri du besoin et le protège contre la convoitise du bien d'autrui, la majorité de la doctrine enseigne qu'il doit servir gratuitement[3]. Le caractère de simple tolérance apparaît dans la formule même qu'emploient les juristes lorsque, sans entrer dans le détail de ces distinctions, ils admettent le principe de la rétribution des emplois judiciaires : لا بأس للقاضي ان يرتزق ( pas d'objection à ce que le juge touche une rémunération ). Mais il ajoutent immédiatement : وان استعف فهو افضل للعلماء والقضاة ( mais il est préférable toutefois que le juge n'accepte pas de rémunération[4] ). Certains auteurs font même au magistrat possédant une fortune personnelle suffisante un devoir de s'abstenir de toucher une rétribution[5]. Cependant, des auteurs enseignent que, même dans ce

(1) V. *supra*, les développements sur le caractère religieux de la fonction judiciaire.
(2) Saraḫsi, XVI, 102 ; Uzağandi, III, 399. (3) Uzağandi, *ibid.*
(4) Ḳāḍiḫān, II, 352, 384. Mais d'autres auteurs font dans ce cas une obligation au juge d'accepter la rétribution ( Uzağandi, *ibid.* ), (5) Ibn Farḥūn, I, 23.

cas, « il est préférable » que le magistrat soit payé, parce que, di sent-ils, cela pourrait créer un précédent qui serait invoqué par le Trésor public contre les successeurs du magistrat fortuné, à qui la rétribution serait nécessaire pour leur subsistance[1]. En faveur de l'opinion dominante, des traditions remontant aux premiers temps de l'Islam sont invoquées par la doctrine. Le calife 'Umar aurait alloué à Šurayḥ un traitement mensuel de cent dirhems ; à Bāhili, un traitement de cinq cents dirhems[2].

Exercer gratuitement des fonctions judiciaires constitue un acte agréable à Dieu, un mérite pour lequel on sera récompensé dans l'autre vie ; c'est un *iḥtisāb* ( احتساب )[3]. C'est pourquoi, l'histoire, à laquelle souvent se mêle la légende, rapporte comme signe de grande vertu, comme exemples édifiant, le cas de certains magistrats qui ont refusé d'accepter une rémunération quelconque. Tels Zur'a ibn Ṯawb, ḳāḍi sous le califat de Walīd[4] ; de 'Abdallah ibn Ḫuzāmi, kāḍi d'Egypte, au début du II siècle H.[5] ; de Ḳāsim Al-Mas'ūdi, kāḍi de Kūfa, dans la deuxième moitié du II^e siècle H.[6] ; de Muḥammad ibn Umm Šaybān, kāḍi al-kuḍāt de Bagdad, dans la deuxième moitié du IV^e siècle H.[7], de Ḥasan ibn Al-Marzubān, de la même époque, qui tirait ses moyens de subsistance des travaux personnels auxquels il s'adonnait en dehors de ses heures de service[8] ; de 'Abd Al-Raḥmān ibn Suwār, kāḍi al-ǧamā'a de Cordoue au V^e siècle H.[9].

---

## Section II. — La nature juridique de la rétribution

On ne peut l'assimiler à un salaire, à un loyer; car « la juridiction « ne peut constituer l'objet d'un contrat de location ; le service de

(1) Kāsāni, VII, 13 s. (2) Saraḫsi, XVI, 102 ; Ibn Sa'd, VI, 95 ; Buḫāri, IV, 506 ; Zayd ibn 'Ali, 188. — Cet enseignement est relatif exclusivement à la magistrature et aux autres emplois qui ont un caractère religieux, telles que les fonctions de lecteur du Coran, d'instituteur ( de la loi religieuse ), de mu'addin, et d'hommes de loi, en général, ( Ḳāḍiḫān, II, 352, 384 ; Lammens, *Etudes*, 105. (3) Saraḫsi, XVI, *ibid.* ; Uzaǧandi, III, 397 ; Amīn, *Ḍuḥa*, II, 51, 68. (4) Ibn 'Asākir, V, 373. (5) *Wulāt*, 339. (6) Yāḳūt, VI, 200. (7) Suyūṭi, *Ḫulafa*, 162. (8) Yāḳūt, III, 85. (9) Ibn Baškuwāl, 331.

« la magistrature n'est pas appréciable en argent ». La rétribution est plutôt une indemnité accordée au magistrat pour lui permettre de subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille[1]. On dit aussi : le magistrat travaille pour Dieu, il accomplit un acte de dévotion[2], ou encore : le magistrat consacre son temps et son activité au service de la communauté des musulmans ; cette communauté doit, en contrepartie, assurer au magistrat ses moyens de subsistance. C'est pourquoi, le terme le plus courant employé pour désigner la rétribution du magistrat est *rizḳ* ( رزق ) ou *irtizāḳ* ( ارتزاق ), qui signifie : « moyen assurant la subsistance ». Mais on parle aussi, par abus de langage, de salaire ( اجر ) ou d'équivalent ( عوض )[3].

C'est le Trésor public qui doit assumer la charge des traitements des magistrats. Certains auteurs précisent que le traitement du kāḍi de province doit être supporté par le budget spécial de cette province et non par celui du pouvoir central[4]. En tous cas, c'est sur le produit de l'impôt ou des revenus des domaines, de la ǧizya, ou sur les revenus des biens wakf publics que les traitements doivent être prélevés, non sur les aumônes publiques[5]. Les magistrats ne doivent percevoir aucune somme sur les biens dont la garde leur est confiée, comme les successions vacantes ou les biens de leurs pupilles[6], à moins que le Trésor public manque à son devoir de leur faire parvenir leurs traitements[7]. A plus forte raison, est-il interdit au magistrat d'exiger une rémunération des justiciables[8].

Quant au quantum de la rétribution, la doctrine ne donne naturellement que des indications très générales. Comme nous l'avons déjà indiqué, le montant de la rétribution doit être tel qu'il assure largement la subsistance du magistrat et des personnes qui sont à sa charge, de nature, donc, à écarter du magistrat toute tentation de convoiter le bien des justiciables. Tout dépend des conditions économiques du moment. Ainsi, suivant la tradition déjà rapportée, le traitement de Šurayḥ, qui aurait été sous 'Umar, de cent dirhems, aurait été quintuplé par 'Ali, à cause, dit-on, de l'élévation du prix de la vie et de l'augmentation de la famille de ce kāḍi. Au demeurant, l'autorité supérieure n'est liée par aucune règle précise dans la fixation

(1) Saraḫsi, XVI, 102, (2) Uzağandi, III, 399. (3) Saraḫsi, XVI, 102 ; Kāsāni, III, 13 ; Ibn Farḥūn, I, 23. (4) Uzağandi, III, 399.
(5) Abū-Yūsof, 222 ; Ḫaraši, VII, 165. (6) Abū-Vūsof, *ibid.*
(7) Alā' al-dīn ibn 'Abdīn, I, 50. (8) Nuwayri, VI, 251 : Ḫaraši, *ibid.*

du chiffre de traitement alloué à tel ou à tel magistrat : « Tu peux « augmenter le traitement de l'un, diminuer le traitement de l'autre, « fais comme tu l'entends », dit Abū-Yūsof, dans ses recommandations à Hārūn Al-Rašīd[1].

Le traitement accordé au magistrat doit comprendre, en plus, ses frais de bureau et la rétribution de ses auxiliaires. Le principe de la mise à charge du Trésor public de ces dépenses est toujours le même : les services de greffe sont le complément nécessaire de la juridiction proprement dite. Si l'Etat manque à ce devoir, le kāḍi n'est pas obligé de payer, sur sa fortune ou son traitement personnel, le salaire des auxiliaires et d'assurer la charge de ses frais de bureau. Dans ce cas, il invitera les parties intéressées elles-même à payer les sommes nécessaires au procès : prix du papier et autres frais accessoires, le salaire de l'huissier qui doit faire les significations, du fonctionnaire chargé d'opérer un partage etc...[2]. En ce qui concerne les huissiers, leur rémunération est établie par journée et par heure de travail ; et, s'ils doivent instrumenter en dehors de la ville, le chiffre de la rémunération sera fixé sur la base de la distance parcourue[3]. Quant au préposé au partage, s'il n'est pas payé par le Trésor, un véritable contrat de location de services interviendra entre lui et les intéressés, qui assumeront chacun la part qui leur incombe, suivant l'importance des parts[4]. D'après certains auteurs c'est au magistrat lui-même à décider s'il doit faire payer les traitement de ses auxiliaires et ses frais de bureau par le Trésor public ou les faire supporter par les justiciables[5].

---

(1) Abū-Yūsof, 222. (2) Saraḫsi, XVI, 94, 102 : Dāmād, II, 151 ; Ibn ʿAbdūn, 200. 202 ; Šāfiʿi V, 222, 245 ; Ibn Farḥūn, I, 26 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 430.
(3) Ibn ʿAbdūn, 202. (4) Saraḫsi, XVI, 102. (5) Uzağandi, III, 400. Il faut encore ajouter aux revenus légaux du ḳāḍi les honoraires qu'il perçoit à l'occasion de l'accomplissement de certains actes de sa fonction. Les auteurs distinguent à cet égard entre les actes dont l'exercice s'impose au magistrat et les actes qu'il lui est loisible de ne pas accomplir bien qu'il ait qualité pour le faire. Les actes de juridiction proprement dite avec toutes leurs conséquences, les actes de juridiction proprement dite avec toutes leurs conséquences, les actes de gestion des intérêts des incapables et autres biens confiés à sa garde etc., rentrent dans la première catégorie. Ainsi, il ne saurait percevoir d'honoraires pour un procès qu'il juge, pour la vente du bien d'un incapable, le mariage de cet incapable. Mais, par contre, l'exécution d'un partage amiable entre parties maîtresses de leurs droits, la célébration d'un mariage entre majeurs, sont des actes qui ne rentrent pas essentiellement et exclusivement dans les attributions du ḳāḍi, qui peuvent être accomplies valablement par un autre personnage ; et ils donnent droit, par conséquent, au ḳāḍi à une rémunération. La doctrine s'occupe même du tarif des diverses

## Section III. — La pratique

La pratique est, dans une large mesure, établie contrairement aux vœux de la doctrine. Il y a lieu d'ailleurs d'observer que ceux parmi les juristes qui insistent le plus sur la gratuité des fonctions judiciaires sont des juristes d'une époque avancée, à partir du Ve siècle H., et c'est chez les auteurs des IXe et Xe siècles H., comme Uzağandi et Ibn Nuğaym, que cette règle est exposée avec le plus d'insistance. En revanche, dans des ouvrages de la fin du IIe siècle H., comme le grand traité de Šāfi'i, la pratique de la rétribution des fonctions judiciaires est admise[1]. Vers la même époque, cette pratique est consacrée avec une égale netteté et une égale franchise dans les ouvrages du droit public, comme le *Kitāb al-ḫarāǧ*, de Abū-Yūsof[2].

Les revenus du magistrat musulman ne comprennent pas seulement le traitement fixe qui lui est alloué par l'Etat, mais encore les gratifications de toute sorte que le ḳāḍi reçoit du prince à diverses occasions, ainsi que le produit de l'affermage des fonctions qui relèvent de son autorité. Il faut aussi prendre en considération que souvent le kāḍi cumule avec sa charge judiciaire proprement dite des offices connexes, pour lesquels il perçoit des traitements distincts.

I. — Du fait de l'extension de la pratique de la vénalité des charges, de la propagation de la corruption, des divers avantages matériels considérables dont était assorti l'office judiciaire, le traitement proprement dit, servi par le Trésor public, ne présente pas, dans l'organisation judiciaire islamique, l'importance qu'il a dans les régimes réguliers des gouvernements modernes. Au surplus, les documents historiques que nous avons pu consulter ne sont pas suffisamment nombreux pour nous permettre de retracer exactement

taxes de ce genre. Ainsi, par exemple, sous réserve d'une controverse, l'opinion dominante admet que pour la célébration d'un mariage avec une femme vierge la taxe est de un dinar, tandis qu'elle est d'un demi-dinar si l'épouse avait déjà été mariée une précédente fois ( Cf. sur tous ces points, Uzağandi, III, 415 ; Ibn Nuğaym, V, 243 ).

(1) *Amm*, V. 222, 245. (2) Mais la justice elle-même est, en principe, gratuite, il n'y a pas de droits judiciaires.

l'évolution de cette pratique et établir des statistiques comparatives dont on puisse tirer des conclusions très nettes.

D'un point de vue très général, on constate toutefois que le niveau des traitements a suivi une marche ascendante jusqu'à la fin du IIIe siècle H., et qu'à partir de cette époque, il est allé en s'abaissant sans d'ailleurs que, dans ce double sens, il existe une très grande régularité. D'autre part, dans la fixation du chiffre des traitements, souvent des considérations personnelles au titulaire, entraient en jeu.

Ibn Ḥuǧayra, ḳāḍi d'Egypte, durant les années 80/699-83/702, touchait un traitement annuel de deux cents dinars. Mais, de plus, ce magistrat était préposé au Trésor public de la province et aux fonctions du *ḳaṣāṣ* et il percevait pour chacune de ces deux charges un traitement annuel de deux cents dinars. En outre, il recevait une gratification (جائزة) annuelle de deux cents autres dinars. Le total donc des émoluments était de mille dinars par an[1]. Le ḳāḍi Ibn Šarahil, qui succéda à Ibn Ḥuǧayra, recevait chaque année une gratification de trois mille dirhems, soit cent cinquante dinars, plus un costume ; mais l'annaliste ne fait pas mention du traitement proprement dit de ce magistrat[2]. Le renseignement immédiatement postérieur que nous possédons est celui relatif à la magistrature de Ḫawlāni (90/708-93/711) dont le traitement annuel était de mille dinars. Il est vrai que ce magistrat cumulait, comme Ibn Ḥuǧayra, avec la magistrature, les charges du *ḳaṣāṣ* et du Trésor public, et qu'il recevait mille dinars de la magistrature, ce qui semblerait signifier qu'il recevait aussi des rétributions supplémentaires pour ses deux autres charges. Mais nous ne pensons pas devoir attribuer ce sens au texte de la chronique. Le chroniqueur a entendu comprendre les deux autres charges dans celle de la magistrature, en considération de l'importance plus grande de cette dernière. En effet, on admettrait difficilement qu'en l'espace d'une dizaine d'années, les émoluments affectés à une même et unique charge eussent quintuplé ; et d'autre part, si les émoluments du ḳaṣāṣ et du Trésor public étaient distincts de ceux de la magistrature, le chroniqueur aurait pris soin de l'indiquer comme il l'avait fait pour le ḳāḍi Ibn Ḥuǧayra.

Sous les Abbassides, les traitement vont augmenter très sensiblement. Le calife Manṣūr accorde au ḳāḍi d'Egypte, Ibn Laḥī'a

(1) *Wulāt*, 317. (2) *Wulāt*, 321.

( 155/771 - 164/780 ) un traitement fixe de cent cinquante-cinq dinars par mois[1]. Le même chiffre est accordé à Ibn Fuḍāla ( 170/786 - 164/794[2] ). Nouvelle augmentation en 198/813 : le traitement mensuel de Ibn Ġānem, nommé à cette date, s'élève à cent soixante-huit dinars : « ce fut le premier ḳāḍi à qui un traitement de ce montant fut alloué[3] ». Dans les premières années du IIIe siècle H., la situation des magistrats s'améliore encore. Le ḳāḍi Munkadir ( 312/827 - 314/829 ) touche un traitement mensuel de quatre mille dirhems, soit, si l'on compte le dinar à vingt dirhems, deux cent dinars[4]. A cette période, les émoluments fixes semblent avoir atteint leur plus fort chiffre ; et, à partir du milieu du IIIe siècle H., ils commencent à diminuer. Le traitement mensuel de Bakkār ibn Ḳutayba est de cent soixante-huit dinars[5]. A cette époque, il résulte d'un acte de nomination rapporté par Ḳalḳašandi, que le traitement d'un ḳāḍi de district s'élevait à quarante dinars par mois[6]. Le successeur de Ibn Ḳutayba, Ibn 'Abda, touche un traitement encore inférieur : trois mille dirhems[7]. Au IVe siècle H., les traitements diminuent encore : Abū-'Ubayd se voit attribuer cent vingt dinars par mois[8]. Le traitement mensuel du ḳāḍi Tannūḫi n'est que de soixante dinars[9]. A cette même époque, les ḳāḍi de la capitale allouent à leur vicaire trente dinars par mois[10].

Pour les trois siècles suivants, les renseignements manquent. Aux VIIIe et IXe siècles H., le traitement des ḳāḍi suprêmes du Caire est de cent dinars par mois[11]. C'est probablement à cette époque et

(1) *Wulāt*, 369. (2) *Wulāt*, 378. (3) *Wulāt*, 421.
(4) *Wulāt*, 435. D'après une autre tradition rapportée par le même annaliste, le traitement de Munkadir serait resté égal à celui de Ibn Ġānem ( *Wulāt*, *eod. loc.* ).
(5) *Wulāt*, 507. (6) Ḳalḳ., XI, 28 s. (7) *Wulāt*, 516.
(8) *Wulāt*, 513. Il ressort d'un acte d'affermage des impôts, du IVe siècle, que les sommes que devait payer le fermier au titre des traitements du ḳāḍi al-ḳuḍāt de Bagdad, de son vicaire et de divers hommes de loi, s'élevaient à cinq cent dinars par mois, ( Ṣābi 11, s. ). A cette même époque, le traitement du ministre variait entre cinq et sept mille dinars par mois ( Ṣābi, 23, 351 ) ; le traitement du secrétaire du wazīr était de vingt-cinq dinars, puis il fut porté à cent dinars ( Ṣābi, 14 ), celui du chef de bureau de la correspondance, de quatre vingt-quinze dinars ( Ṣābi, 177 ). (9) Yāḳūt, V, 302.
(10) *Wulāt*, 540. (11) Maḳrīzi, II, 242. A cette même époque le traitement mensuel du ministre était de cinq mille dinars, celui des fonctionnaires attachés aux bureaux du ministre, variait entre trois et cinq cents dinars, celui des divers fonctionnaires du Palais, des finances et du bureau de correspondance, était de cent dinars, celui des fonctionnaires attachés à la personne du calife, de cent cinquante dinars. D'autres fonctionnaires importants touchaient soixante-dix dinars par mois. Maḳrīzi range tous ces fonctionnaires en cinq catégories suivant l'importance de leurs émoluments, et — fait

en ce qui concerne les traitements servis par l'Etat que se réfère Ibn Ḫaldūn lorsqu'il dit qu'en général, la fortune des magistrats n'atteint pas un chiffre considérable[1].

Des actes de nomination de magistrats, un acte émané de Ibn Ṭūlūn, un acte émané en 590/1193 d'un sultan ayyūbite[2], mentionnent expressément le droit du titulaire à la perception d'un traitement. C'est dans ces actes aussi que nous trouvons l'indication que le traitement alloué au magistrat comprenait les émoluments de ses auxiliaires et ses frais de bureau. Ce n'est que dans les cas tout à fait exceptionnels où un ḳāḍi exerce gratuitement ses fonctions, que le Trésor public prend généralement à sa charge le traitement des auxiliaires de justice. Nous savons ainsi qu'au IVe siècle H., les traitements mensuels des auxiliaires des ḳāḍi al-ḳuḍāt étaient de : trois cents dirhems pour le greffier, cent cinquante dirhems pour l'huissier, cent dirhems pour un autre huissier d'une classe inférieure, six cent dirhems au préposé à la caisse et aux divers agents chargés des significations[3].

Mais — fait caractéristique — à mesure que le montant des émoluments allait en s'abaissant, les avantages accessoires augmentaient dans des proportions considérables. Nous avons déjà signalé que l'usage des gratifications existait dès le Ier siècle H.. A partir du IIIe siècle H., les gratifications, que le magistrat recevait du prince, ainsi que d'autres avantages divers perçus à l'occasion de l'exercice des actes de sa fonction, tendent à devenir plus importants que le traitement fixe. Ce fut d'ailleurs là un fait général à tous les fonctionnaires de l'Etat. De ces avantages, nous citerons quelques exemples significatifs. Le ḳāḍi Ibn Ḳutayba recevait chaque année de Aḥmad ibn Ṭūlūn, vice-roi d'Egypte, une gratification de mille dinars, qu'il thésaurisait, de telle sorte que lorsqu'il fut disgracié et jeté en prison, Ibn Ṭūlūn put mettre la main sur tout cet argent, qui « se « trouvait dans seize sacs cachetés[4] ».

caractéristique, — les magistrats ne sont plus rangés que dans la quatrième catégorie (Maḳrīzi, *ibid.*).

Chez les Ottomans, un ḳāḍi de province touche, vers la même époque, dix mille dirhems par mois (Ibn Ḫallikān, I).

(1) Ibn Ḫaldūn, 393. (2) Ḳalḳ. XI, 28 s.; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 94 s. (3) *Wulāt*, 574; Suyūṭi, *Ḥulafa*, 152; Ṭabari, III (1) 434. (4) *Wulāt*, 478, 512: Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 90.

Le calife fatimite Ḥākim fait don à son ḳāḍi, Fariḳi, d'une « très « grande maison avec tout son mobilier » ainsi que d'autres immeubles[1]. L'ensemble des revenus de ce magistrat s'élève à cinquante mille dinars par an[2]. Le même Ḥākim fait don au ḳāḍi Ḥusayn ibn Ḥayyūn d'une maison pour son habitation[3].

A l'occasion de l'accomplissement de certains actes de leurs fonctions, les ḳāḍi recevaient aussi des présents appréciables. Ainsi, le ḳāḍi Ibn 'Abda, ayant présidé à un contrat de mariage, au palais de Ḫumarawayh, fils de Ibn Ṭūlūn, on lui fit présent ainsi qu'à son greffier, d'une somme de mille deux cents dinars, et d'une certaine quantité de parfums[4].

Les ḳāḍi, de leur côté, faisaient des libéralités du même genre à leurs vicaires. Nous avons déjà indiqué que Ibn Zur'a ne cessait de faire parvenir des gratifications à son vicaire, Ibn Al-Ḥaddād, et, ayant appris un jour qu'il construisait une maison, il lui fit remettre une subvention de trois cents dinars[5]. Ibn 'Abda, dit l'annaliste, « enrichit » son greffier, Taḥḥāwi[6].

A partir du milieu du Ve siècle H., les annalistes ne font plus que très rarement mention de gratifications allouées aux magistrats. Il semble bien que, d'une façon générale, cet usage était tombé en désuétude ; mais les magistrats se rattrapaient en exploitant leur charge par les moyens que nous avons analysés plus haut.

(1) *Wulāt*, 605, 606. (2) *Wulāt*, 499. (3) *Wulāt*, 599.
(4) *Wulāt*, 517. (5) *Wulāt*, 552. (6) *Wulāt*, 316.

CHAPITRE SEPTIÈME

# LES ATTRIBUTIONS DU KADI

## Section I. — Notions générales

Les attributions du ḳāḍi sont très nombreuses. A sa compétence essentielle de magistrat ordinaire se sont superposées, à des époques et dans des milieux divers, des attributions multiples et disparates. Avant d'entreprendre l'exposé de ces attributions, il y aura lieu de donner quelques indications sommaires sur la nature et les caractéristiques générales de la compétence du ḳāḍi.

### §. Ier — De la compétence du kadi, en général

I. — Le ḳāḍi est, dans le système judiciaire musulman, le représentant de la justice *ordinaire*, par opposition aux autres magistrats ou fonctionnaires de divers ordres, qui exercent une justice *extraordinaire*. Sans doute, on ne trouve pas dans les ouvrages de droit et dans la terminologie juridique ces expressions, tirées du droit romain, ou, même simplement, des expressions analogues. Mais il est certain qu'il y a en droit musulman tout à la fois une justice s'exerçant suivant des règles rigides, suivant une procédure, des moyens de preuve, fixes et bien arrêtés, une véritable *ordo judiciorum privatorum*, s'imposant à l'interprète de la loi, et, d'autre part, une justice affranchie de ces règles, s'exerçant par des moyens laissés à la libre discrétion de son titulaire, basée généralement sur l'équité. La première forme de juridiction est le *ḳaḍā'* proprement dit, la seconde correspond principalement à la fameuse institution dite des *maẓālim*, à l'exercice de la justice répressive, etc. En étu-

diant, dans des chapitres prochains, ces diverses institutions, nous exposerons en détail les règles de la procédure extraordinaire du droit musulman et nous démontrerons les principales caractéristiques qui la distinguent de la procédure ordinaire. Pour le moment, il y a lieu simplement de noter, d'une part, que les attributions du ḳāḍi, sa compétence *ratione materiæ*, ne peuvent être en principe que celles qui sont fixées par la loi, c'est-à-dire, les ouvrages des juristes, compilations du *fiḳh* ou les travaux d'auteurs de droit public, comme Māwardi ; d'autre part, que cette même loi détermine les règles fixes suivant lesquelles la procédure doit se dérouler devant le juge.

Ces principes, cependant, comportent quelques exceptions notables.

En premier lieu, dans le *maḏhab* malékite, le ḳāḍi possède, en plus de son pouvoir de justice ordinaire, un pouvoir de justice extraordinaire, appelé السياسة الشرعية ( *al-siyāsa al-šar'iyya* ), sorte de politique jurisprudentielle, permettant au juge de rechercher librement la solution équitable des litiges, ce qui a eu pour conséquence, dans les pays du Maġreb ou Occident, où le rite malékite s'est le plus propagé, d'intégrer dans le *corpus juris* même ( *šar'* ), les solutions suggérées par la *siyāsa šar'yya*[1] et, par conséquent, de restreindre considérablement le domaine d'application de l'institution des maẓālim. En deuxième lieu, même dans le reste des pays d'Islam, soumis aux autres *maḏhab*, par l'effet de la décadence des maẓālim et de l'importance toujours grandissante de la fonction kadiale, le cas devient fréquent où, par une concession expresse de l'autorité supérieure, le ḳāḍi cumule, avec ses attributions de juridiction ordinaire, la juridiction extraordinaire, maẓālim, šurṭa. etc.

Cependant, dans l'exercice de la justice ordinaire, le ḳāḍi possède un large pouvoir de coercition. Il a, avec la *jurisdictio*, *l'imperium*. Dans le but d'aider à la manifestation de la vérité ou d'assurer l'accomplissement de certains actes de procédure et d'instruction, la loi reconnaît au juge ordinaire un pouvoir coercitif, extrêmement large dans l'école malékite, beaucoup plus réduit dans les autres écoles. Il est admis, dans l'école ḥanafite, que le défendeur à un procès étant dans l'obligation de répondre à la prétention du demandeur

(1) Sur ce point, cf. Tyan, *Méthodologie et sources du droit en Islam*, in *Studia islamica*, 1959, p. 101 s.

par une dénégation ou une reconnaissance, le ḳāḍi a le droit et même le devoir de mettre en prison le défendeur qui refuse de prendre une attitude dans un sens ou dans l'autre[1]. De même, le défendeur, qui refuse de produire aux débats, comme l'exige la règle de procédure, la chose mobilière objet du litige, peut y être astreint, par son incarcération, laquelle peut être maintenue jusqu'à ce que satisfaction soit donnée à l'injonction du juge ou que la preuve soit rapportée de la perte de la chose[2]. D'autre part, l'école malékite admet que le défendeur qui comparaît mais ne produit pas ses moyens prétendus de défense, peut subir, en plus de son emprisonnement, la peine de la bastonnade[3]. Un pouvoir analogue de contrainte est reconnu au juge à l'égard des plaideurs, pour l'exécution forcée de certains actes d'instruction[4].

Le ḳāḍi, en outre, possède un certain pouvoir réglementaire. Il a le pouvoir, dans les matières rentrant, à titres divers, dans sa compétence, d'édicter des règles juridiques pour l'avenir. Ainsi, vers le milieu du XIII^e siècle h. (XIX^e siècle de l'ère chrétienne), les chrétiens de la ville de Hama ayant décliné la compétence du juge musulman, dans les matières successorales les concernant, le ḳāḍi de ladite ville décida que dorénavant toute ingérence du juge musulman en ces matières sera interdite, sauf dans le cas où les intéressés solliciteraient eux-mêmes cette intervention[5]. Un ḳāḍi malékite ayant décidé, dans un litige immobilier, que le juge compétent était celui du domicile du défendeur, prescrivit, en conséquence, à ses vicaires de se conformer dorénavant à cette règle, dans leur jurisprudence[6]. J'imagine que le pouvoir réglementaire des magistrats devait être d'autant plus important qu'il n'existe pas en Islam un organe législatif officiellement reconnu : le travail de la jurisprudence, renforcé par le pouvoir réglementaire ainsi que par le travail de la doctrine et les consultations des juristes, comblait dans une mesure plus ou moins satisfaisante cette lacune.

Dans son aspect général, le développement de la compétence du juge musulman comporte une première période qui fut une période d'adaptation et de constitution, dans laquelle la personnalité du ḳāḍi restant en principe confondue avec celle du gouverneur et des autres chefs administratifs ou militaires, les attributions judiciaires

(1) Manlaḥusru, II, 333 ; Ibn 'Abdīn, IV, 585. (2) Ġazāli, II, 148.
(3) Dasūḳi, IV, 171. (4) Ibn Farḥūn, II, 122. (5) Rustum, *Documents*, IV, III, 8. (6) Ḫaraši, VII, 204.

ne se distinguent pas, toujours et nécessairement, quant à leur titulaire tout au moins, des autres attributions de puissance publique[1]. Cependant, cette personnalité cherche à s'affirmer par la pratique, qui se généralise et s'accentue, de délégations permanentes des pouvoirs judiciaires à des magistrats distincts. Un des exemples les plus caractéristiques de cette période peut être tiré de la chronique de l'Egypte vers la fin du Ier siècle h.. L'administration du pays est assurée par le gouverneur — Ḳurra Ibn Šarīk — et les chefs de districts, les *ṣāḥib al-kūra*. Or, on voit le premier exerçant directement la justice, évoquant à son tribunal des procès pendants devant ses subordonnés, les *ṣāḥib al-kūra*, ceux-ci, exerçant, aussi, la justice, sous réserve de recours devant le gouverneur ou d'évocation par lui[2].

Mais les circonstances deviennent de très bonne heure favorables pour que la personnalité du juge se dégage définitivement de celle du chef administratif ou militaire. Dans la plupart des cas, au cours même de la première moitié du Ier siècle, des juges distincts furent institués. La compétence de ces magistrats avait pour objet exclusif la solution des conflits entre particuliers. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre ce passage de Ibn Ḫaldūn, d'après lequel « à l'époque des califes, le ḳāḍi n'avait pour attributions que la solution des litiges entre particuliers[3] ». Il faut cependant corriger ce texte trop général : il n'est pas exact que, durant toute « l'époque des califes », c'est-à-dire, suivant la pensée de Ibn Ḫaldūn, durant tous les siècles pendant lesquels régnèrent les dynasties umayyade et abbasside, la compétence des ḳāḍi, fut aussi restreinte. Le texte n'est vrai que pour le premier siècle de l'hégire, et sous réserve d'exceptions de plus en plus nombreuses. Nous indiquerons plus loin les attributions diverses, souvent, de nature très étrangères à la fonction judiciaire, qui vinrent de bonne heure s'ajouter à la compétence du ḳāḍi.

Cette compétence judiciaire restera naturellement et toujours la compétence essentielle du ḳāḍi: c'est elle qui est mentionnée, la première, dans la nomenclature que donne la doctrine, des attributions judiciaires ainsi que dans celle qui figure dans les diplômes de nomination. D'autre part, alors que telles attributions, reconnues aux juges pendant une certaine époque, disparaissent au cours d'une autre époque, elle, au contraire, se maintient toujours et elle est tou-

(1) V. *supra*, 83 s.
(2) V. *supra*. 94, 96.
(3) Ibn Ḫaldūn, 221.

jours mentionnée, en première place, dans les textes. Elle est à tel point essentielle et se distingue, par cette caractéristique même, de toutes les autres attributions qui ont été reconnues au ḳāḍi, qu'elle constitue l'élément qui sert à définir la fonction même du juge[1].

Dès la fin du Ve s. h., l'institution kadiale commence à s'étendre considérablement. D'un puissant dynamisme et d'une grande force d'attraction, elle suscite et se reconnaît des attributions nouvelles ou bien s'approprie des compétences préexistantes, qui lui étaient, antérieurement, étrangères. Dans beaucoup de cas, cette extension de compétence n'est pas le fait d'une concession spontanée de l'autorité supérieure, mais bien le fait de l'initiative propre de l'organisme judiciaire. Dans d'autres cas, c'est l'autorité supérieure, devenue elle-même impuissante à assurer le fonctionnement de certains services, qui s'en décharge sur cet organisme dont la vitalité s'affirme de plus en plus.

En effet, au cours de son développement, l'institution kaḍiale prend conscience de toute l'ampleur de sa mission, qui ne consiste pas seulement à arbitrer les procès entre particuliers, mais aussi à veiller à la sauvegarde d'intérêts qui postulent naturellement une protection du pouvoir social, les intérêts des incapables et de toutes personnes, en général, qui ne sont pas en mesure d'assurer leur propre protection. C'est ainsi que le ḳāḍi devient le gardien des intérêts des mineurs privés de leurs parents, des absents, dont les biens sont abandonnés sans gestion, des biens sans maître ; c'est le ḳāḍi qui s'occupera de l'établissement des individus qui sont réputés, d'après les mœurs sociales de l'époque, incapables d'assurer à eux-mêmes un foyer, telles que les femmes sans mari ; c'est le ḳāḍi qui devient l'administrateur des biens de mainmorte, les waḳfs, biens qui n'ont pas de propriétaires et de gérants naturels et dont les revenus sont en principe affectés à des buts pieux.

Une autre fonction qui échoit aux juges, comme un accessoire naturel de leur compétence originaire, est la fonction notariale. Le ḳāḍi a pouvoir de dresser et légaliser les actes juridiques, en concours avec les tabellions ordinaires. Certains actes de nomination de magistrats indiquent expressément cette compétence notariale.

(1) Ibn Ḫaldūn, 221.

Le ḳāḍi attire aussi à lui des attributions qui sont, à proprement parler, étrangères à sa fonction, mais dont il entreprend l'exercice en raison de l'identité de connaissances que requiert cette double activité. Les magistrats deviennent tout naturellement des professeurs de droit et rédigent des traités juridiques, des recueils de jurisprudence. Dans le même ordre d'idées, les magistrats délivrent des *fatwa* ou consultations juridiques. Nous avons déjà indiqué, par ailleurs, le rôle politique considérable que cette compétence à délivrer des consultations juridiques a valu aux juges, en Islam[1]. En raison du caractère religieux qui impreignit de bonne heure toutes les institutions de droit public, en Islam, et, plus spécialement, l'institulion du califat, les ḳāḍi étaient naturellement appelés à consacrer, par leur participation, à une place d'honneur, aux cérémonies, l'investiture de chaque nouveau calife. Mais, en plus de ce pouvoir, c'était aux magistrats, à l'occasion des révolutions de palais et des changements de souverains, qu'on avait recours pour légitimer, par une consultation juridique, la déchéance du monarque. Sans doute, au ḳāḍi on adjoignait, pour renforcer la porté de l'avis, d'autres consultants libres ; mais l'opération ne se limitait pas à une consultation, la proclamation de déchéance devait prendre la forme d'un *jugement* ; or, c'était le ḳāḍi qui avait, seul compétence pour le prononcer. Nous verrons aussi que, pour des actes beaucoup moins importants encore et natruellement étrangers à la fonction judiciaire, l'activité du magistrat était sollicitée. Ainsi, les chroniques historiques rapportent que lorsque l'autorité supérieure désirait établir ou modifier, par exemple, un règlement douanier, elle demandait au ḳāḍi suprême de légitimer par une consultation cet acte administratif.

Le caractère religieux de la fonction judiciaire lui attire encore certaines autres attributions de même nature. Le ḳāḍi devient le titulaire des fonctions relatives au culte : il est administrateur des mosquées ; il dirige le service de la prédication ; il est le chef de la corporation des *šayḫ* attachés aux divers services du culte, fonction appelée *mašyaḫat al-šuyūḫ* ( مشيخة الشيوخ )[2].

L'institution judiciaire prend une ampleur exorbitante du fait de circonstances externes. Institution particulièrement vivace, elle fait son profit de certaines circonstances, de la décadence ou de la dé-

(1) V. *supra*, 219 s.

(2) Suyūṭi, *Ḥusn*, II. 101.

faillance momentanée de certains organismes publics, pour en recueillir elle-même la succession et en exercer les prérogatives. De très bonne heure, on voit des ḳāḍi exercer, cumulativement avec leur fonction, celle de la *šurṭa*, c'est-à-dire, la fonction qui a pour objet le maintien de l'ordre public et l'exercice de la justice répressive. Une autre acquisition dans ce domaine, facilitée encore comme celle qui vient d'être indiquée par de grandes analogies entre la nouvelle compétence et la compétence judiciaire originaire, fut l'attribution au magistrat du droit de justice extraordinaire, les *maẓālim*, Dès la fin du IVe siècle de l'hégire, on voit des ḳāḍi qui cumulent avec leurs fonctions judiciaires proprement dites la justice des *maẓālim*. Mais si le passage de la justice ordinaire à la justice extraordinaire ou la justice répressive a été, jusqu'à un certain point, dans la nature même des choses, on ne peut en dire autant de l'extension de la compétence du juge à des matières essentiellement administratives ; le ḳāḍi a pu devenir titulaire de la fonction de la *ḥisba*, sorte de police administrative, dont nous décrirons plus loin la nature et le fonctionnement ; il a pu devenir aussi contrôleur des poids et mesures de la frappe des monnaies ; il a pu lui appartenir de faire entreprendre des travaux d'aménagement de ports maritimes, de faire surveiller les pêcheries, etc...

Mais l'ingérence des magistrats judiciaires ne se borne pas aux matières purement administratives ; on les voit même, parfois, assumer des fonctions politiques, parmi même les plus importantes. Sous les Fatimites, par exemple, le ḳāḍi al-ḳuḍāt exerçait souvent, cumulativement avec ses fonctions judiciaires et bien d'autres attributions accessoires, la fonction de la *wuzāra*, c'est-à-dire, celle de premier ministre du souverain[1]. Avant même cette époque, sous les Abbassides, un ḳāḍi al-ḳuḍāt qui se faisait particulièrement apprécier par son souverain, devenait naturellement son conseiller habituel et, en fait, son premier ministre[2]. On doit mentionner encore que, suivant le témoignage de Ibn Ḫaldūn, et comme de nombreux autres documents historiques le prouvent, on confiait souvent à des ḳāḍi la conduite d'opérations militaires.

L'extension ou la restriction des attributions des magistrats apparaît, donc, comme toute relative, justiciable de circonstances diverses de temps et de lieux, comme l'observe, d'ailleurs, un juriste

(1) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 101. (2) Ṭayfūr, 256.

célèbre de l'école malékite : l'étendue des pouvoir du kāḍi diffère suivant ( العرف والاصطلاح ) la coutume et les usages ; — « l'extension ou la restriction de la compétence dépend des termes ( de l'investiture ), des circonstances et de la coutume ». Aucune limite n'est édictée à cet égard par la loi.

Les attributions diverses ainsi reconnues aux magistrats atteignaient, pour certains d'entre eux et à certaines époques, un nombre impressionnant. D'après le témoignage de Suyūṭi, un ḳāḍi al-ḳuḍāt šafi'ite du VII^e s. h., Ibn bint Al-A'azz, cumula quinze fonctions à la fois[1].

Quoi qu'il en soit, l'exercice de toutes ces attributions, si étrangères qu'elles fussent au pouvoir judiciaire, n'enlevait pas à leur titulaire son caractère primordial de magistrat judiciaire et elles-mêmes n'apparaissaient, même lorsqu'il s'agissait de la fonction de ministre, que comme accessoires par rapport à la fonction originaire.

Un phénomène plus important se produira par l'effet duquel le statut même du juge prendra une extension telle qu'il en sera transformé. Les circonstances favorables à cette transformation ont été celles qui sont nées aux époques de troubles sociaux profonds où l'autorité du pouvoir central est définitivement compromise. Des insurrections éclatent sur les divers points du territoire, l'Etat se désagrège au profit de principautés indépendantes qui émergent de tous côté. Dans le désarroi des institutions publiques, l'institution judiciaire, elle, se maintient. Alors, l'autorité publique, dans certaines régions, vient comme tout naturellement chercher refuge dans cette unique institution importante qui survit ; et les ḳāḍi, comme les divers seigneurs locaux qui se sont rebellés contre le pouvoir central, détournent à leur profit personnel le mouvement d'indépendance. C'est ainsi que l'on voit des ḳāḍi se transformer en véritables seigneurs, chefs de cités ou même de vastes principautés, exercer effectivement les attributs souverains, voire fonder des dynasties.

II. — Aussi, pour se rendre un compte exact des fonctions effectivement exercées par les ḳāḍi, en Islam, ne fau-il pas se borner à

(1) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 101.

consulter les ouvrages de doctrine qui ont eu à traiter de la compétence judiciaire ; il faut de plus recourir à toutes les sources d'histoire où l'on peut puiser des renseignements sur les activités diverses auxquelles se sont adonné les magistrats judiciaires.

Toutefois, c'est bien dans les ouvrages de doctrine que l'on trouve la nomenclature des principales attributions propres de la magistrature. Il est curieux cependant de constater que les traités juridiques proprement dits ne se préoccupent pas, en général, de dresser une nomenclature de ce genre : à peine, la trouve-t-on dans quelques rares compilations comme le traité de Ibn Nuǧaym, « *Al-baḥr al-rā'iḳ* ». C'est plutôt dans les traités encyclopédiques comme *Nihāyat al-arab*, les ouvrages philosophico-juridiques, comme les Prolégomènes de Ibn Ḫaldūn, les traités de droit public, comme les *Aḥkām al-sulṭānyya*, de Māwardi, que des chapitres spéciaux sont consacrés à l'énumération des attributions judiciaires. Cette énumération, toutefois, n'est pas identique dans tous les ouvrages : on relève des différences notables, par exemple, entre la nomenclature de Māwardi et celle de Ibn Ḫaldūn. Y a-t-il lieu d'expliquer ce défaut de concordance par le fait que les auteurs de ces nomenclatures sont d'époques différentes et que, dans l'intervalle, une évolution s'est produite, modifiant la compétence judiciaire ? D'une façon générale, nous ne le pensons pas, pour cette raison que l'on retrouve la même différence chez des auteurs d'une même époque ; que, en revanche, on retrouve une énumération identique chez des auteurs d'époques différentes. La nomenclature de Nuwayri, qui est du VIII^e s. h. ( XIX^e s. ), est la même que celle de Māwardi, auteur du IV^e s. h., alors que celle de Ibn Ḫaldūn, contemporain de Nuwayri, ne concorde pas exactement avec celle de ce dernier. Il y a lieu de noter que certains auteurs d'époque tardive ne font que copier des auteurs célèbres antérieurs, sans égard à la réalité historique dont ils sont les contemporains : la compilation de *Nihāyat al-arab* copie mot à mot le texte de Māwardi. Quant à la différence qui existe entre d'autres auteurs, comme Māwardi et Ibn Ḫaldūn, il apparaît, cependant, qu'elle résulte, sur certains points, de ce que la compétence s'était modifiée au cours des siècles qui séparent ces deux auteurs, sur d'autres — accessoires — de ce que l'étendue de compétence n'était pas la même dans tous les pays.

Les attributions judiciaires indiquées par Māwardi sont, textuellement, les suivantes : 1° — le règlement des litiges entre particuliers; 2° — la mise à exécution des droits judiciairement établis ; 3° — la

protection des incapables ; 4° — l'administration des biens wakf ; 5° — l'exécution des dispositions testamentaires ; 6° — l'établissement des femmes non mariées, dépourvues de tuteurs ; 7° — l'application des ḥudūd ou peines prévues par le Coran ; 8° — La police des bâtiments et de voies publiques ; 9° — le contrôle des šuhūd et des auxiliaires de justice ainsi que le choix et la nomination des vicaires des ḳāḍi ; 10° — l'observation de l'égalité entre les plaideurs.

La nomenclature de Ibn Ḫaldūn ne comprend pas la deuxième et la dixième attributions indiquées par Māwardi ; mais par contre elle mentionne en plus les trois attributions suivantes : 1° — les maẓālim ; 2° — la conduite des opérations de guerre sainte *ǧihād* ; 3° — le contrôle des monnaies. Ibn Ḫaldūn indique cette réserve, cependant, que ces trois chefs d'attributions n'ont fait partie de la compétence du juge qu'à certaines époques et dans certains pays déterminés. On relèvera encore une plus grande divergence avec la nomenclature du juriste Ibn Nuǧaym[1].

On remarquera dans les textes de tous les auteurs et, notamment de Māwardi et de Ibn Ḫaldūn, la confusion qu'ils font entre la compétence proprement dite et les pouvoirs du juge, voire même, les règles de sa conduite morale. Ainsi, on peut être étonné de voir mentionnés comme chefs de compétence le droit de nomination et de surveillance des vicaires et des auxiliaires de justice, le devoir imposé au juge d'observer l'égalité dans ses rapports avec les justiciables.

Sans doute, l'énumération des diverses attributions judiciaires n'est pas faite sous le signe d'une classification rationnelle rigoureuse. Notamment, aucune classification n'est faite suivant le caractère de juridiction contentieuse ou gracieuse des attributions judiciaires. Cependant la majorité de la doctrine juridique a bien aperçu et fait ressortir cette dernière distinction. C'est dans les notions préliminaires du chapitre consacré au pouvoir judiciaires et à propos de la définition du terme de jugement que les juristes traitent de la question. Ils distinguent entre « le jugement » proprement dit, ( *ḥukm*, *ḥukm ḳawli* حكم قولي, *ḳaḍā'* قضاء ), d'une part, « l'ordre » ou « l'acte » du juge, (*ḥukm fi'li* حكم فعلي — امر ), d'autre part[1].

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 272. (2) Cependant, dans le langage courant, le terme jugement — *ḥukm* — est employé souvent dans une acception tout à fait générale,

Les auteurs précisent bien : le jugement consiste dans la décision rendue par le magistrat à la suite d'un débat contentieux ; il suppose nécessairement une contradiction entre deux prétentions. C'est ce que répètent, sous des formes diverses, tous les auteurs, « *Al-ḥukm al-ḳawli*, contrairement au *ḥukm fi'li*, dit ibn Nuǧaym, nécessite un procès[1] ». Il ajoute : « Une des conditions du jugement est qu'il soit rendu à la suite d'un procès régulier, intenté par un plaideur contre un autre plaideur[2] ». Et ailleurs : « La condition du *ḳaḍā'*, l'acte de juridiction proprement dite, est la contradiction ( الخصومة )[3] ». Saraḫsi est aussi formel : « Le *ḳaḍā'* suppose un plaideur qui obtient gain de cause et un plaideur qui est condamné[4] ».

C'est pourquoi, toute procédure qui n'implique pas la contradiction ne peut aboutir à un acte de juridiction contentieuse, à un jugement. La décision par laquelle le magistrat, en sa qualité de gérant des biens wakf, ordonne de verser un montant, des revenus d'un waḳf, à l'un de ses bénéficiaires, est un *ordre* ( امر ) et non un jugement[5]. L'acte que le magistrat accomplit dans l'administration des biens dont il a la garde ou dans l'exercice de ses attributions de protecteur des incapables ou, même, l'acte qui fixe certains droits mais qui n'implique pas de contradiction est un *fi'il* —, par exemple, le mariage d'un individu qui n'a pas atteint sa majorité et qui n'a pas de tuteur légitime ou testamentaire, l'achat d'un bien au profit d'un incapable placé sous la tutelle du ḳāḍi, le partage d'un immeuble, etc. Certains auteurs, comme Ibn Nuǧaym, comparent l'*ordre* du juge à une *fatwa*[6] ; d'autres, percevant plus exactement encore la réalité, considèrent les *actes* du juge comme l'exercice d'une activité au profit de certains intérêts qui réclament protection. C'est le sens de l'expression qui désigne l'action du juge prononçant l'interdiction d'un incapable : كان ذلك ( الحجر على فاسد ) نظراً له منه[7].

pour désigner toute décision d'un juge. La décision par laquelle le ḳāḍi reconnaît à une personne la qualité de témoin qualifié ( *'adl* ), celle par laquelle il déclare la déchéance d'un souverain, la légitimité du meurtre d'un apostat ou d'un impie, celle par laquelle il impose à des non-musulmans certaines obligations relatives à leur tenue vestimentaire et à leur conduite en public etc. sont des *ḥukm*. L'authentification d'un contrat même est un *ḥukm* ( cf. Nuwayri, IX, 151 ).

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 255 ; Ibn 'Abdīn, IV, 479. (2) Ibn Nuǧaym, *eod. loc.* (3) Ibn Nuǧaym, *eod. loc.* (4) Saraḫsi, XXIV, 148. (5) Ibn Nuǧaym, VI, 252 ; Ibn 'Abdīn, IV, 479. (6) Ibn Nuǧaym, VI, 255 et 256 *in fine.* (7) Saraḫsi, XXIV, 184 ; Marginānī, I, 157.

L'autorité du juge en ces matières est donc une autorité tutélaire, protectrice, une *wilāya naẓaryya* ( ولاية نظرية )[1]. Cette expression implique une idée d'activité volontaire et spontanée entreprise par quelqu'un au profit d'un autre. La juridiction du ḳāḍi en ces matières correspond donc bien, dans sa dénomination comme dans son fond, à la *jurisdictio voluntaria*, des législations occidentales.

Les auteurs, toutefois, prennent bien soin de spécifier que lorsque, à l'occasion de l'un des actes de juridiction gracieuse, il s'élève une contradiction, la nature de la décision prise par le juge se transforme en celle d'un acte de juridiction contentieuse.

Cependant, la distinction entre les deux sortes de juridiction est restée confuse chez beaucoup de juristes, au témoignage du malékite Ibn Farḥūn. C'est pourquoi, cet auteur a éprouvé la nécessité de dresser une nomenclature des diverses catégories d'actes qui ne constituent pas des jugements proprement dits, nomenclature qui comprend vingt catégories[2].

La conséquence la plus importante que rattachent les auteurs à la distinction, c'est que les actes de juridiction contentieuse, contrairement aux actes de juridiction gracieuse, emportent autorité de chose jugée[3].

## §. 2. — Extensions et restrictions de compétence

La compétence du juge ainsi fixée par la doctrine est la compétence de droit commun ou, suivant le langage des auteurs la compétence « *générale* », opposée à la compétence « *spéciale* », d'après la distinction que fait Māwardi. Suivant l'idée de cet auteur, les attributions de la compétence générale sont toutes celles qui peuvent être dévolues à un ḳāḍi. Cette idée cependant appelle deux observations. Nous avons vu qu'en dehors de la nomenclature de Māwardi et d'autres auteurs, des attributions supplémentaires étaient dévolues, parfois, aux magistrats; et qu'en revanche, les magistrats, même des

(1) Marginānī, *eod. loc.* (2) Ibn Farḥūn, I, 73 (3) La règle de l'autorité de la chose jugée, quoique certaine en droit musulman, y a une portée infiniment plus restreinte que dans le droit occidental. Il y aurait une étude très intéressante à entreprendre sur ce sujet.

plus grands ressorts, les grands juges, par exemple, n'avaient pas nécessairement toutes les attributions de la compétence générale, comme cela ressort de certains diplômes d'investiture qui nous sont rapportés par les annalistes. Ainsi, le diplôme du ḳāḍi al-ḳuḍāt, Zaynabi, sous le califat de Mustaršid (512/1118-529/1135), ne contient l'indication que des attributions suivantes : le règlement des litiges entre particuliers ; — l'application des ḥudūd ; le contrôle de šuhūd et auxiliaires de justice ; l'administration des intérêts des mineurs non pourvus de tuteur, — l'établissement des personnes aptes au mariage, — l'administration des waḳf ; — la ḥisba[1]. Le diplôme du ḳāḍi al-ḳuḍāt, Abū-Faḍlān, sous le califat de Naṣir (575/1180-622/1225), est plus restrictif encore : la compétence en matière de ḥudūd et de waḳf est écartée[2]. Le diplôme d'un juge de grande province, sous le calife Ṭā'i' (363/974-381/991), ne contient que l'indication des attributions de juridiction ordinaire, d'administration des waḳf, des biens des mineurs, et de contrôle des šuhūd et auxiliaires de justice[3]. Par contre, un diplôme délivré par le dernier calife fatimite, 'Aḍid († 555/1160) accorde compétence en matière de justice ordinaire et extraordinaire (*ḳaḍā'*, *maẓālim*), d'administration des mosquées, de contrôle de la frappe des monnaies, d'administration des biens des mineurs, de direction de la prière, de prédication.

Les restrictions théoriques de compétence que prévoit Māwardi sont de différentes sortes. Tout dépend des termes et de l'esprit du diplôme de nomination du juge. Un premier ordre de restrictions consiste dans la limitation de la compétence *ratione materiæ*. Il y a alors, suivant l'expression de Māwardi, « compétence spéciale ». Dans ce cas la compétence du juge se restreint aux matières expressément indiquées dans le diplôme d'investiture. Ainsi, un juge peut être institué pour connaître exclusivement des procès matrimoniaux ou des procès ayant pour objet les obligations civiles. Une autre restriction, curieuse, que Māwardi range dans la même catégorie, consiste á limiter le pouvoir du juge à ne rendre des décisions que sur la base de certaines modes de preuve, l'aveu, par exemple, à l'exclusion du témoignage. Une autre variété de limitation a sa source dans la valeur de la chose litigieuse, tel le cas cité par Māwardi, de ce kāḍi de Baṣra qui n'avait compétence qu'en matière de litiges dont la valeur ne dépassait pas deux cents dirhems[4]. Un kāḍi peut aussi être insti-

(1) Ḳalḳ., X, 264. (2) Ḳalḳ., X, 286. (3) Māwardi, 69.
(4) Māwardi, 69.

tué pour ne connaître que d'une affaire déterminée, ou pour ne tenir audience que certains jours déterminés. Même dans ces deux derniers cas, la personne ainsi déléguée a bien, dans l'exercice de sa mission, la qualité de juge.

Ce pouvoir de restriction de compétence résulte du système suivant lequel le titulaire supérieur de l'autorité peut déléguer sa juridiction en tout ou en partie.

A l'intérieur d'un même ressort judiciaire, d'une ville notamment, un kāḍi peut être institué pour un quartier déterminé ; il n'a alors juridiction que sur les habitants de ce quartier ainsi que sur les personnes qui s'y trouveraient de passage, à moins d'un texte contraire qui soustrairait cette dernière catégorie de justiciables à sa juridiction[1]. En principe, la juridiction du ḳāḍi s'étend sur toutes les personnes se trouvant dans son ressort, sans distinction aucune de qualité.

La juridiction d'un ḳāḍi peut même être restreinte aux seuls plaideurs qui se présenteraient à son prétoire, tenu en tel lieu déterminé, à son domicile, à la mosquée ; il ne lui serait pas loisible de tenir audience et de rendre valablement des jugements ailleurs.

Dans tous ces cas de limitation de compétence, le juge est, comme on dit, « à compétence spéciale » ( خاص العمل ).

On retrouve en droit musulman la règle *actor sequitur forum rei.* Si le demandeur et le défendeur résident dans deux localités différentes, le juge compétent est celui de la localité du défendeur[2]. Les textes ne font pas de distinction suivant qu'il s'agit de procès ayant

(1) Comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, il n'existe pas dans le monde musulman des juridictions différentes suivant les différentes classes de la société. Les livres d'histoire rapportent complaisamment certaines traditions qui représentent de hauts personnages et même des califes se soumettant volontiers à la juridiction du ḳāḍi ordinaire. Les diplômes d'investiture insistent sur le devoir du magistrat d'observer une stricte égalité entre les plaideurs quel que soit le rang social élevé de l'un d'eux par rapport à l'autre, ce qui implique que toute personne, quelque situation privilégiée qu'elle occupe, reste justiciable du magistrat ordinaire. Cependant, ce principe général comporte quelques exceptions. Il a existé dans le système judiciaire musulman diverses juridictions spéciales à des catégories déterminées de la population : juridiction du *ḳāḍi ʿaskar*, dont relevaient les militaires, — juridiction du *ḥāǧib*, réservée, pendant une certaine période, aux tribus mongoles envahissantes, ( V. *infra* ) les juridictions des communautés non-musulmanes, etc.

(2) Ḳāḍiḫān, II, 352.

pour objet un meuble ou un immeuble. Cependant, d'après l'école malékite, le juge compétent en matière de litiges immobiliers peut être aussi bien le juge de la résidence du défendeur que celui de la situation de l'immeuble[1]. De même, si l'un des deux plaideurs relève d'une juridiction spéciale, un militaire, par exemple, c'est la qualité du défendeur qui détermine le tribunal compétent. Toutefois, ces règles de compétence n'ont aucun caractère absolu et d'ordre public : l'accord des parties peut en décider autrement[2].

*La saisine du juge.* — Dans l'exercice de ses attributions judiciaires le ḳāḍi possède-t-il le droit d'action d'office ? La saisine du juge ne s'opère en principe que par une action introduite par l'intéressé. C'est ce que dit en termes formels Ibn Farḥūn : القاضي لا يحكم الا فيما رفع اليه[3]. Cette règle est toute naturelle en matière de conflits privés, qui ont constitué la matière de la compétence originaire et principale des magistrats judiciaires. Mais cette règle a débordé même sur le terrain des procédures où un intérêt public est engagé. Ainsi, il est admis, en droit pénal, que dans toutes les matières où un intérêt particulier se trouve lésé, en cas de délit de vol par exemple, seule l'action de la victime peut avoir pour effet de saisir le juge ; que, en revanche, dans les délits punis de peines légales ou ḥudūd et qui ne portent atteinte qu'à l'intérêt général, le juge peut agir d'office. Toutefois, dans l'opinion attribuée à Abū-Ḥanīfa, même dans ce dernier cas, le ḳāḍi ne peut agir d'office ; il doit être saisi par l'action d'un particulier, soutenant une sorte *d'actio popularis*[4]. Dans l'exercice de la juridiction en matière de ce que nous appellerons, pour plus de commodité, des règlements municipaux ( débordement des constructions sur la voie publique, par exemple ), une partie de la doctrine, suivant la théorie de Abū-Ḥanīfa, soutient que le ḳāḍi ne peut agir d'office ; que la saisine ne peut s'opérer que par l'action introduite par un particulier intéressé[5]. L'école malékite suit cette même opinion[6].

Cette conception du rôle du ḳāḍi restreint considérablement le champ d'exercice de son activité en matière de répression ; et nous verrons plus loin qu'en fait, la compétence du ḳāḍi en cette matière est, contrairement à ce qu'on serait porté à croire, très réduite.

(1) Ḫaraši, VII, 204. (2) Ḳāḍiḫān, *eod. loc.* (3) Ibn Farḥūn, I, 4.
(4) Māwardi, 67, 211. (5) Māwardi, 67. (6) Ibn Farḥūn, I, 4.

Cela ne veut pas dire cependant que le droit musulman n'a pas eu la claire vision de la réalité juridique en matière de poursuites répressives. Le langage des juristes est à cet égard très significatif. S'il s'agit de délits publics, ils parlent ordinairement des « droits de Dieu (حقوق الله) », — expression qui désigne, en fait, le droit de la société dans l'exercice de la répression, — opposés aux « droits des hommes (حقوق العباد) », expression qui sert à désigner le droit des particuliers, victimes d'un délit[1]. De même, lorsque les juristes, traitant des peines arbitraires, laissent au juge toute liberté dans leur application, ils justifient la règle par cette considération que ces peines n'ont pour but que l'amendement du coupable et ne sont établies que dans « l'intérêt public (من حقوق المصلحة العامة) » ; qu'elles relèvent exclusivement du « droit de l'Etat (حق السلطنة) », opposé au « droit de l'individu (حق الادمي)[2] ».

---

## Section II. — Les attributions ordinaires

### §. 1er — La juridiction contentieuse ordinaire

Comme nous l'avons déjà noté, les attributions qui relèvent de la juridiction contentieuse proprement dite constituent la compétence judiciaire ordinaire. Les expressions employées par les auteurs pour désigner cette compétence sont d'une portée aussi générale que possible. La première des attributions du juge, dit Māwardi, a pour objet de « régler les conflits », « de trancher les litiges et les procès, soit par l'homologation d'une transaction entre parties, soit par une décision contentieuse ». Suivant Ibn Ḫaldūn, le ḳāḍi « juge les procès entre les parties litigantes (*ḫuṣūm*)[3] ». De même, la première des attributions indiquées dans les diplômes de nomination des magistrats consiste, pour le ḳāḍi, « à tenir audience pour les justicia-

(1) Māwardi, 67. (2) *Ibid.* (3) Ibn Ḫaldūn, 221.

bles... à écouter l'exposé de leurs prétentions... les départager par une décision statuant sur tous les points contestés[1] ». Cette compétence est le seul élément essentiel qui rentre dans la formule de définition du pouvoir judiciaire, l'indication, le cas échéant, de toutes autres attributions apparaissant comme simplement accidentelle.

Le ḳāḍi se trouve être ainsi juge de toutes sortes de litiges intéressant les particuliers. Rentrent donc dans sa compétence les procès relevant aussi bien du statut personnel que du statut réel, les litiges mobiliers et immobiliers ; de même qu'aucune distinction n'est établie entre les affaires civiles ou commerciales ou administratives. Sur ce dernier point il faut retenir que le droit musulman n'a pas connu de juridiction et un contentieux administratifs distincts, sous réserve, naturellement, du droit de justice retenue du prince et des gouverneurs de province, dans la mesure que nous avons précédemment indiquée[2]. Aussi, tous les litiges soulevés à l'occasion du fonctionnement des services publics, les procès entre l'administration et les particuliers restent-ils de la compétence de principe du tribunal du ḳāḍi. L'anecdote suivante, rapportée par Ibn Ḥağar, est, à cet égard, significative. Sous le règne de Ibn Ṭūlūn, en Egypte, un fermier des droits de gabelle étant mort, avait laissé, comme actif, sa maison d'habitation, et, comme passif, une dette envers le trésor public. Aux fins de recouvrement de cette dette, le préposé aux impôts dut s'adresser au juge du Caire, et celui-ci n'autorisa la vente de la maison qu'après qu'eût été régulièrement fournie la preuve des prétentions du trésor[3]. A l'époque des Mamlūks, les diplômes mêmes de nomination des magistrats, suivant le modèle rapporté par 'Umari, contenaient souvent attribution expresse de compétence en matière de litiges où se trouve intéressé le trésor public[4].

Le droit musulman n'a pas connu, encore, la distinction entre les actes civils proprement dits et les actes de commerce, avec sa conséquence quant à la difference de juridiction.

Dans les procès de statut personnel, la compétence du ḳāḍi est extrêmement étendue. En matière de procès matrimoniaux le pouvoir de juridiction intervient à propos des faits même les plus inti-

(1) Ḳalḳ., X, 280. (2) V. *supra*, p. 83 s. ; sous réserve aussi de certaines exceptions que nous verrons plus loin et de la compétence en matière de maẓālim. (3) *Wulāt*, 507. (4) 'Umari, 116 ; Ḳalḳ., XI, 198.

mes qui donnent lieu à une mésentente entre les époux[1]. En matière de filiation, la compétence du juge s'étend non seulement aux litiges de filiation proprement dite, mais aussi aux litiges relatifs à des questions de généalogie ou même d'appartenance d'un individu ou d'un groupe d'individus à telle race déterminée. Ainsi, vers la fin du IIe s. h., un groupe d'habitants du Caire, dans le but de faire cesser certaines vexations dont ils étaient l'objet, intentèrent une action aux fins d'établir qu'ils étaient non point d'origine copte mais de pur sang arabe, descendants d'une tribu déterminée d'Arabie. Le magistrat entendit leurs preuves et leur délivra, en conséquence, un jugement favorable[2].

## §. 2. — La juridiction gracieuse

Les attributions de juridiction gracieuse proprement dite et autres attributions assimilées, qui relèvent de la compétence des ḳaḍi, sont les suivantes : 1° — la tutelle des incapables ; 2° — l'exécution des dispositions testamentaires[3] ; 3° — l'établissement des femmes non mariées ; 4° — la gestion des biens waḳf ; 5° — la gestion des biens des absents, des biens sans maître et des *res derelictæ*.

**La tutelle des incapables** — Le droit musulman prévoit six causes d'incapacité, de caractère et degré différents : esclavage, minorité, aliénation mentale, prodigalité, déconfiture, danger public. Les personnes en qui se trouve une de ces causes s'appellent des « interdits » ( ممنوعو التصرف ou محجور عليهم ou محجورون ). On distingue entre les incapacités de plein droit et les incapacités établies par jugement. Dans la première catégorie rentrent la minorité, l'aliénation mentale, l'esclavage ( art. 957 *maǧalla* ). Dans la deuxième catégorie, rentrent les autres causes. Cependant, il faut écarter de la discussion les causes d'esclavage et de danger public, parce que la première est soumise à un régime particulier qui ne relève pas de la surveillance de l'autorité judiciaire et que la deuxième constitue une cause d'incapacité *sui generis*. On comprend, en effet, par « danger public » le cas des personnes qui, du fait de leur ignorance ou de leur malhon-

(1) *Wulāt*, 584. (2) *Wulāt*, 398, 414 et s. (3) Ces deux chefs de compétence seront étudiés dans deux paragraphes suivants.

nêteté dans l'exercice de leur profession, constituent un danger pour le public ; par exemple, le cas du médecin ignorant, du mufti ignorant ou retors, habile à trouver des subterfuges et des moyens permettant de tourner et de violer la loi, un entrepreneur de transports insolvable[1]. Il s'agit bien, sans doute, dans ces cas, d'une interdiction prononcée contre ces personnes par le magistrat, mais elle a pour effet de les mettre, non pas dans un état d'incapacité générale, de caractère proprement juridique, mais plus précisément dans l'impossibilité d'exercer leur profession.

La minorité se confond, en droit musulman, avec l'impuberté. Elle s'étend en principe jusqu'à l'âge de quinze ans révolus, à moins que l'individu — à partir de l'âge de douze ans pour l'homme à partir de neuf ans pour la femme — ne présente les signes certains de la puberté.

L'aliénation mentale (الجنون). Lorsqu'elle se présente avec des intervalles lucides, elle rend le sujet incapable seulement pour les actes qu'il accomplit en dehors de ces intervalles. A l'aliénation mentale, on assimile généralement le *'ath* ( عته ) qui est la simple faiblesse d'esprit.

La prodigalité (*safah* — السفه ) consiste, comme en droit moderne, dans une conduite tendant à l'anéantissement du patrimoine par des dépenses disproportionnées[2].

La déconfiture ( *iflās* ) consiste dans le fait d'un débiteur dont le passif est devenu supérieur ou même simplement égal à l'actif. On y assimile le cas du débiteur solvable mais qui refuse de payer ses dettes ( art. 998 et 999 *maǧalla* ). Sur demande des créanciers, le juge prononce l'interdiction de tels débiteurs.

L'énumération de ces causes d'incapacité est-elle strictement limitative et le rôle du juge s'y trouve-t-il restreint ? Il ne semble pas. Essentiellement, la mission tutélaire du magistrat s'étend, en général, sur toute personne qui se trouve dans une situation requérant protection. Aussi, certains auteurs, pour définir cette mission, emploient-ils une expression de portée toute générale : le juge exerce

(1) Bāz, *Maǧalla ann.*, sub. art. 964.

(2) Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil franç.*, t. I, 4e éd., 604.

l'autorité sur le patrimoine de toutes les personnes non capables d'être assujetties à des obligations juridiques (يملك ولاية اموال غير المكلفين)[1].

C'est cette conception du caractère de la fonction ḳadiale qui est à la base de la compétence reconnue aux magistrats en matière d'administration des biens des *ṣadaḳāt* (صدقات). Les *ṣadaḳāt* consistent dans le produit du *zakāt*, obligation légale d'aumône, en Islam. Leur administration constitue, tout au moins dès l'époque du calife Ma'mūn, une fonction distincte ; c'est « le bureau des aumônes (ديوان الصدقات)[2] ». Le prince peut désigner un agent spécial pour la gestion de cet office, tout comme il attribue parfois cette gestion à un personnage titulaire d'une autre fonction publique. C'est souvent le ḳāḍi qui est désigné à cette charge. Beaucoup de diplômes d'investiture mentionnent, en effet, parmi les attributions du magistrat, la garde des *ṣadaḳāt*, leur gestion, leur répartition équitable entre leurs destinataires légaux, pauvres et nécessiteux[3]. Le ḳāḍi al-ḳuḍāt Yaḥya ibn Aḳṯam avait la gestion du « bureau des aumônes » de Bagdad ; il s'était acquis une mauvaise réputation « du fait des abus qu'il y commettait[4] ».

La compétence du ḳāḍi, en matière de protection des incapables, rentre-t-elle de plein droit dans ses pouvoirs ou bien doit-elle être mentionnée expressément dans son acte de nomination ? La teneur du texte de quelques auteurs considérables, comme Māwardi et Ibn Ḫaldūn, ne permet pas de donner une réponse à cette question, car la gestion des intérêts des incapables figure, dans l'énumération qu'ils font des attributions judiciaires, au même titre que d'autres attributions, comme la ḥisba, qui, certainement, ne rentrent pas de plein droit dans la compétence générale des ḳāḍis. Suivant d'autres textes, d'époque tardive, qui spéculent sur le cas de minorité, il est nécessaire que la compétence du ḳāḍi en cette matière soit indiquée expressément dans l'acte de nomination[5]. Au contraire, d'autres auteurs de la même époque, comme Ibn Nuǧaym, n'exigent pas cette condition[6]. En fait, dans tous les diplômes qui sont rapportés, soit comme modèles, soit à titre de documents historiques, on trouve une

(1) Ibn Nuǧaym, VI, 272. (2) Ibn Al-Ḫaṭīb, XIV, 194. (3) Ḳalḳ., XII, 41, 47, 52. (4) Ibn Al-Ḫaṭīb, XIV, 194. (5) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 16, 25. (6) Ibn Nuǧaym, VI, 272.

clause formelle attribuant compétence de ce chef au ḳāḍi. Aussi, cette clause est-elle devenue de style, à tel point qu'il semble qu'elle soit sous-entendue même pour les magistrats nommés sans spécification expresse de pouvoir sur ce point, puisque, dans leur forme codifiée, ils accordent compétence au ḳāḍi en cette matière, sans condition de stipulation dans l'acte d'investiture[1].

Cependant la plupart des diplômes d'investiture que nous avons pu consulter ne font pas mention des pouvoirs du ḳāḍi relativement aux incapables autres que les mineurs : aliénés, prodigues, etc. Est-ce à dire que les magistrats étaient incompétents à leur égard ? Il paraît bien que la compétence du magistrat en matière de gestion des intérêts des mineurs non pourvus de tuteurs était mentionnée seulement à titre indicatif et que, par identité de motifs, elle devait s'étendre aux autres incapables. Les dispositions de la *maǧalla* ne font pas de distinction entre les diverses catégories d'incapables et s'appliquent également à elles toutes, quant à la compétence du magistrat. Tous les textes de la doctrine juridique qui traitent de la protection des incapables, en général, supposent que cette protection est exercée par les ḳāḍi. Dans quelques actes de nomination de magistrats, compétence leur est accordée de veiller aux intérêts de tous les individus « incapables d'administrer leurs biens, ou dont l'intelligence est dérangée[2] ». Ces textes au surplus révèlent la notion très étendue que la doctrine s'était faite en matière d'incapacités : les incapables ne sont pas seulement les individus qui rentrent dans une nomenclature établie une fois pour toutes, mais tous individus qui, pour quelque cause que ce soit, sont impuissants à assurer la sauvegarde de leurs intérêts.

L'autorité du magistrat sur les incapables proprement dits est établie dans leur intérêt, dans un but de protection. Les textes, sans distinction d'époques, ne manifestent sur ce point aucune divergence. Le magistrat exerce son autorité sur les incapables, « en vue, dit Māwardi, de veiller à la conservation des biens composant leur patrimoine et de contrôler la validité des conventions dans lesquelles ils se trouvent engagés ». Les passages des actes de nomination, relatifs à la tutelle des mineurs, sont encore plus explicites. Le juge doit

(1) En tout cas, toutes ces règles de forme ne concernent que les juges ordinaires par opposition aux ḳāḍi al-ḳuḍāt. Le fait seul de la nomination à un poste de grand juge implique compétence en matière de juridiction gracieuse (Ibn Nuǧaym, V, 233).

(2) Ḳalḳ., X, 387.

veiller à ce que les biens des mineurs ne soient pas exposés à la perte ou à un dommage quelconque ; qu'à la majorité des mineurs, leurs biens leur soient remis intacts ; — le juge ne doit confier ces biens qu'à des préposés dignes d'une pleine confiance, préposés dont il doit, au surplus, constamment surveiller la conduite ; — il ne doit aliéner ou dépenser de ces biens que ce qui est nécessaire à l'entretien du mineur, sans aucun excès, etc.

**La tutelle des mineurs** — La tutelle du magistrat sur les mineurs est subsidiaire en ce sens qu'elle n'a lieu de s'exercer qu'à défaut de tutelle légitime ou testamentaire. L'ordre de vocation aux fonctions de tutelle, établi par un texte de la doctrine ancienne, qui a été recueilli dans l'art. 974 de la *maǧalla*, se présente ainsi : 1° — le père ; 2° — le tuteur testamentaire institué par le père; 3° — le tuteur institué par le tuteur testamentaire, en cas de décès de celui-ci ; 4° — le grand-père ou le père du grand-père paternel ; 5° — le tuteur testamentaire institué par cet ascendant ; 6° — le tuteur institué par ce dernier tuteur testamentaire ; 7° — enfin, le ḳāḍi ou le tuteur institué par le ḳāḍi. C'est pour cette raison que les mineurs confiés à la garde du magistrat sont désignés par le terme de *aytām* ou *yatāma* ; il s'agit, en effet, toujours, d'orphelins de père.

Le point du départ historique de la compétence des magistrats en cette matière remonte, au moins, à la première moitié du IIe s. h.. Kindi rapporte que Ḫayr ibn Nu'aym, ḳāḍi d'Egypte, au cours de sa deuxième période de magistrature ( 133/750 - 135/752 ) « fut le premier magistrat à faire rentrer dans le *bayt al-māl* les biens des *aytām* et ce, sur l'ordre écrit du calife ». Il organisa ce système de conservation en établissant, dit le texte de Kindi, « pour chaque intéressé un procès-verbal où étaient inscrites toutes les entrées et sorties de fonds[1] ». Plus tard, le système fut perfectionné. 'Umari, ḳāḍi d'Egypte de la fin du IIe s. h., afin d'assurer une meilleure conservation des biens, fit confectionner une caisse en bois ( *tābūt* ), qui se trouvait placée dans le trésor public ». C'est dans ce *tābūt* qu'étaient recueillis les biens des *aytām* et les biens laissés par des personnes décédées sans héritier[2] ». Le *tābūt*, ajoute le même texte, était appelé مودع القضاة, le « dépôt des juges ».

(1) *Wulāt*, 355. (2) De même en est-il des revenus des fondations pieuses (*wakf*) dans certains pays comme en Espagne (Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, II, 133) et tant que, probablement, l'administration de ces biens n'est pas érigée en service autonome ( cf. *infra*, Administration des wakf ).

Le ḳāḍi exerce directement ou par délégation ses pouvoirs de tutelle. C'est une règle générale que les ḳāḍi peuvent se faire substituer par des tuteurs, soit, dans la totalité des attributions de tutelle, soit, dans quelques-unes ou, même, l'une d'entre elles. Etant donné le nombre toujours croissant des attributions des magistrats, il semble même que cette pratique était devenue de règle. Dans la plupart des diplômes d'investiture, le passage concernant la tutelle des *aytām* consiste principalement en des recommandations pour le bon choix des tuteurs délégués, le rôle du juge n'y apparaissant qu'à titre de contrôle.

Mais ce pouvoir de délégation, le juge ne le possède que s'il lui est formellement reconnu par son acte de nomination[1]. Les tuteurs délégués peuvent être choisis librement par le juge. Ils peuvent être de simples particuliers. Souvent, ils sont parmi les *šuhūd* attachés au service du tribunal. Nous avons déjà vu qu'au IVe s. h., les magistrats se déchargeaient couramment sur les tuteurs du soin de la garde des biens des *aytām*, comme ceux des absents et interdits, et que, plus tard, un fonctionnaire spécial, appelé *amīn al-ḥukm*, fut institué spécialement pour la garde et la gestion des biens des *aytām*[2]. Mais il semble qu'il faut établir une distinction entre cette sorte de préposés, qui étaient des fonctionnaires, soumis étroitement à l'autorité et à la surveillance du juge, et les tuteurs proprement dits. Cependant, au Xe s. h., l'institution des *amīn al-ḥukm* avait disparu[3].

Le droit de garde du magistrat s'étend aussi bien sur les biens meubles que les biens immeubles des *aytām*[4].

Les pouvoirs du ḳāḍi, dans l'exercice de la tutelle, sont aussi larges que possible. En ce qui concerne le patrimoine du mineur, le magistrat entreprend tous les actes d'administration courante. Rentrent dans cette catégorie les actes de conservation. C'est ainsi que le ḳāḍi garde par devers lui, dans son *tābūt*, les deniers et autres valeurs appartenant au mineur, ou bien, confie cette garde à des tiers, suivant les modalités indiquées plus haut[5]. Il perçoit les revenus des biens du pupille, se fait représenter en justice par un man-

(1) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 25. (2) V. *supra*, 259 s. (3) Ibn Nuǧaym, VI, 277. (4) Ibn Al-Ḫaṭīb, XI, 62. (5) Déjà Abū-Yūsof se plaignait de l'infidélité tant des magistrats que de leurs délégués dans la garde des biens des mineurs (*Kitāb al-ḫarāǧ*, éd. égypt., 223).

dataire *ad hoc*, etc. Le ḳāḍi entreprend aussi les actes nécessaires à la gestion du patrimoine et qui dépassent l'administration courante. Ainsi, il peut faire des prêts de choses ou de capitaux[1]. Naturellement, le prêt ne doit être consenti qu'à une personne solvable et de confiance[2]. Le juge opère les actes de partage. Il peut même vendre des biens meubles ou immeubles du mineur[3]. Bien entendu, tous ces actes ne doivent être inspirés que par le seul souci de la bonne gestion du patrimoine de l'incapable.

On relève dans les annales historiques des faits qui prouvent que l'exercice de cette autorité n'était pas toujours aisé : les magistrats avaient souvent à lutter contre la convoitise des princes et des puissants et s'exposaient à leur rancune. Ibn Al-Ḫaṭīb rapporte que le ministre abbasside 'Ubayd-Allah avait demandé au ḳāḍi de Bagdad, Abū-Ḫāzim, de lui vendre une ferme appartenant à un mineur, mais que ce magistrat refusa d'accéder à la demande[4]. Un autre ḳāḍi de Bagdad, Ibrāhim ibn Al-'Anbas, de la seconde moitié du IIIe s. h., fut révoqué parce qu'il avait refusé de consentir au calife Muwaffaḳ le prêt des sommes d'argent appartenant aux *aytām*[5].

Le ḳāḍi exerce aussi les charges de tutelle relativement à la personne du mineur. Il pourvoit à son entretien et à son éducation[6]. Il procède à la conclusion de son mariage. Et, même dans le cas où il existe un tuteur distinct,, c'est naturellement le magistrat qui peut prononcer, suivant les circonstances, l'émancipation du mineur avant l'âge légal de la majorité ; et, dans les cas où le mineur, ayant atteint sa majorité, apparaît comme incapable encore de gérer ses intérêts, c'est au juge qu'il appartient de décider de la prorogation des pouvoirs de tutelle ( Art. 982 *mağalla* ).

Il est donc bien à retenir que l'autorité du magistrat ne disparaît pas avec l'existence d'une tutelle légale ou testamentaire. Il faut se garder, par conséquent, d'accorder au caractère subsidiaire de la tutelle du ḳāḍi, que nous avons indiqué plus haut, toute la portée que ce terme comporte d'ordinaire. Le ḳāḍi est constitué par la loi

(1) *Fatawi hindyya*, III, 86 ; Ibn 'Abdīn, IV, 473. (2) *Fatāwi hindyya*, III, 415. (3) *Ibid.* (4) Ibn Al-Ḫaṭīb, XI, 62. (5) Ibn Al-Ḫaṭīb, VI, 25. (6) Nuwayri, IX, 49 ; *Fatāwi hindiyya*, III, 415. Certains modèles de diplômes d'investiture précisent l'étendue de ce pouvoir ينظر في امر الايتام ... من نفقة كسوة ولوازم شرعية ( Ḳalḳ., XIV, 343 ). La formule est aussi compréhensive que possible.

pour l'exercice d'un contrôle supérieur sur la tutelle légitime ou testamentaire. Ainsi, les actes d'aliénation ne peuvent être entrepris par le tuteur qu'avec l'autorisation du juge[1]. Cette autorisation donne lieu à une procédure dont le but est d'assurer toute garantie au patrimoine du pupille. Le projet de vente doit être rendu public, pour susciter le plus grand nombre possible de concurrents. Des experts sont désignés pour déterminer le juste prix auquel le bien peut être cédé. Un procès-verbal est rédigé, constatant l'accomplissement de toutes ces formalités, procès-verbal qui est conservé dans les archives du tribunal[2]. L'autorisation du ḳāḍi est, aussi, nécessaire pour le cas où le tuteur veut faire relâcher un débiteur emprisonné pour dette due au mineur[3].

La compétence des magistrats subissait naturellement le contrecoup des événements politiques et des abus des maîtres de l'heure. A certaines époques, la garde des biens des mineurs orphelins était enlevée aux magistrats par les princes ou les puissants ministres. Un texte de Maḳrīzi nous apprend, par exemple, qu'en l'année 698/1299, le sultan mamluk, Lāǧīn, enleva aux émirs la gestion des biens des mineurs qui se trouvait, dit-il, jusqu'alors entre les mains de ces personnages[4]. Il faut donc supposer que ces biens avaient déjà été enlevés par ces derniers à leurs gardiens naturels, les magistrats, à défaut de tuteurs.

**Les enfants trouvés** — Du pouvoir de tutelle du magistrat sur les mineurs, il faut rapprocher le pouvoir que lui reconnaît la loi sur les enfants trouvés (لقطاء). Moralement, recueillir un enfant trouvé constitue une simple faculté, dont l'exercice est recommandé, au cas où l'enfant ne se trouve pas en péril de mort, et une obligation, dans le cas contraire. L'enfant se trouve juridiquement en la puissance de celui qui l'a recueilli, le *multaḳiṭ* (ملتقط) et il ne peut lui être enlevé que par une personne qui fournirait la preuve de sa paternité ou de sa maternité. En tout cas, l'autorité du *multaḳiṭ* ne s'exerce que sous le contrôle du magistrat. Le magistrat a le droit de retirer la garde de l'enfant au *multaḳiṭ* comme ce dernier peut se décharger sur le magistrat de cette garde. C'est au magistrat aussi que le *multaḳiṭ* doit demander autorisation pour engager des dépenses

(1) *Fatāwi hindyya, eod. loc.* (2) Nuwayri, *eod. loc.* (3) Ibn Nuǧaym, VI, 287. (4) Quatremère, *Maml.*, II, 2e part., 107.

en vue de l'entretien de l'enfant s'il veut se réserver un droit de recours contre ce dernier, à sa majorité ; toute dépense faite sans autorisation est considérée comme une libéralité. Le droit de contrôle du juge sur les dépenses du *multaḳiṭ* trouve une autre justification dans le principe suivant lequel l'entretien des enfants trouvés est à la charge du trésor public, comme c'est aussi au trésor public que reviendrait leur succession. Si un bien, de l'argent par exemple, est trouvé sur l'enfant lorsqu'il est recueilli, ce bien est considéré comme la propriété de l'enfant ; le *multaḳiṭ* ne peut en disposer, même pour l'entretien de l'enfant, que sur autorisation du juge[1].

**Les aliénés et faibles d'esprit** — L'aliéné et le faible d'esprit sont, de plein droit, en état d'interdiction. Mais le régime de la tutelle n'est pas le même dans les deux cas : le faible d'esprit, à la différence de l'aliéné, peut accomplir valablement les actes qui rendent sa situation meilleure comme l'acceptation d'une donation. Quant aux contrats à titre onéreux, accomplis par le faible d'esprit, leur validité est soumise à la simple autorisation du tuteur[2].

**Les prodigues** — Le prodigue ne se trouve en état d'incapacité légale qu'en vertu d'une décision judiciaire portant interdiction. Le prodigue est alors soumis, plus précisément, à une curatelle, qui est exercée par le juge. C'est la seule curatelle reconnue par la loi (art. 990 *maǧalla*). L'interdiction judiciaire du prodigue peut être levée par le juge même qui l'a prononcée ou un autre magistrat qui se trouverait compétemment saisi. C'est, d'ailleurs, sur un exemple de ce genre que certains juristes raisonnent pour faire ressortir la différence entre les décisions de juridiction gracieuse, auxquelles ne s'attache pas l'autorité de la chose jugée, et les décisions de juridiction coutentieuse.

**Personnes en état de déconfiture** — L'état d'incapacité du *muflis* ou débiteur en état de déconfiture et la mesure d'interdiction judiciaire qu'il comporte se distinguent essentiellement de la situation des autres incapables. L'interdiction pour cause de *iflās* est une institution particulière du droit musulman, dont il ne serait pas inutile

(1) Sur toutes les règles concernant cette matière, *cf.*, notamment Dāmād effendi, I, 701 et ss. (2) Il faut entendre par le terme de جنون toutes les variétés d'aliénation mentale. Certains diplômes de nomination de magistrat désignent les aliénés en des termes aussi généraux que possible : les individus dont l'intelligence est atteinte d'un défaut اولو الخلل في عقولهم (Ḳalḳ., X, 387).

de donner un aperçu sommaire. Elle relève de la procédure d'exécution. Le droit musulman reconnaît au créancier quatre moyens pour le recouvrement forcé de sa créance : 1° — La justice privée : certains jurisconsultes reconnaissent au créancier le droit d'appréhender sans violence et de s'approprier le bien de son débiteur, qui serait de même nature ( de l'or pour une créance en monnaie or ) et de même valeur que l'objet de la créance. La légitimité de cette procédure est cependant rejetée par la majorité de la doctrine[1]; 2° — La contrainte par corps ; 3° — La vente des biens pure et simple ; 4° — La vente ou liquidation de tout ou partie du patrimoine du débiteur avec interdiction immédiate. Cette dernière procédure s'applique dans deux cas : celui du débiteur solvable mais récalcitrant, et du débiteur en état de *iflās* proprement dit. Cet état consiste, d'après la conception particulière du droit musulman, dans le fait d'un débiteur dont le passif égale ou dépasse l'actif et qui donne à ses créanciers de justes motifs de craindre une dissimulation ou une dilapidation de cet actif. Le ḳāḍi, sur requête de la masse des créanciers, commence par prendre une décision ordonnant l'interdiction du débiteur, à l'effet de l'empêcher d'accomplir des actes juridiques qui seraient de nature à diminuer son patrimoine. Cette interdiction ne dessaisit pas toutefois le débiteur de la gestion de ses biens et elle n'affecte que les biens existant au jour de la décision, non ceux acquis par la suite. Le juge entreprend ensuite la procédure d'exécution proprement dite, en opérant la liquidation du patrimoine du débiteur dans la mesure nécessaire pour le désintéressement des créanciers et en répartissant entre eux le produit de la vente, au marc le franc. Au terme de la procédure, le débiteur se retrouve de plein droit à la tête de ses affaires et reprend son entière liberté.

Cette procédure apparaît donc comme une procédure de faillite civile. L'interdiction, à l'instar de dessaisissement de la faillite, n'est qu'un incident de cette procédure qui n'a pour motif aucun état d'incapacité de la personne qui en est frappée. Elle n'est pas prononcée dans un intérêt de protection de cette personne : « la conservation des biens » de l'interdit par le juge a pour but la sauvegarde des intérêts des créanciers et, par conséquent, l'interdiction ne produit effet que dans la mesure nécessaire pour cette sauvegarde.

**Patrimoine des absents ; biens en déshérence ; res derelictæ** — Par identité de motifs, la protection du juge allait s'étendre du do-

(1) Sarakhsi, XXIV, 165.

maine des incapacités proprement dites à tous les autres cas où des intérêts patrimoniaux se trouvent être, par le fait de certaines circonstances, privés de leur protecteur naturel. Les principales compétences reconnues au juge à ce titre sont relatives aux biens des absents, aux biens en déshérence, aux *res derelictæ*.

Ce nouveau chef d'attributions est négligé dans la plupart des ouvrages de doctrine. Mais son existence est impliquée dans les solutions de certaines questions de droit, soulevées par la pratique ; et on en trouve mention dans quelques diplômes de nomination de magistrats. Une preuve formelle de ce chef d'attributions résulte d'un texte, déjà cité à un autre point de vue, de Abū-Yūsof. Cet auteur recommande au calife, en raison de l'indignité des magistrats, de les dessaisir de l'administration des biens des absents et des biens en déshérence, ce qui suppose que, déjà dans la deuxième moitié du IIe s. h., cette administration rentrait dans les attribution des ḳāḍi. La pratique est encore en ce sens. Un texte, d'autant plus caractéristique qu'il est tiré de l'histoire d'un pays, musulman encore de fraîche date, le pays de Ġazna, en Asie centrale, nous apprend que le prince de ce royaume, Ġiyāṯ al-dawla, avait ordonné que tous les biens laissés par une personne décédée, dont les héritiers seraient absents, fussent, s'il n'était pas possible de les faire parvenir à ces héritiers au lieu où ils se trouveraient, par l'intermédiaire de quelques commerçants, remis au ḳāḍi, qui aurait à en assurer la garde jusqu'au retour des ayants droit.

Le droit musulman distingue deux sortes d'absents : le *ġā'ib* (الغائب), l'absent, au sens vulgaire du mot, qui désigne la personne qui a simplement abandonné son domicile depuis un délai de temps appréciable, sans laisser un mandataire pour la gestion de son patrimoine lequel se trouve, de ce fait, en péril, et le *mafḳūd* (المفقود), l'absent au sens restreint et juridique du mot, c'est-à-dire la personne « perdue », dont on se sait si elle est morte ou vivante. Dans les deux cas, c'est le ḳāḍi qui doit prendre à sa charge les intérêts de l'absent.

Les pouvoirs du magistrat ont pour but exclusif la conservation

(1) D'un diplôme de nomination d'un ḳāḍi al-ḳuḍāt : « garder le poitrimoine de toute personne en état d'absence qui nécessite légalement l'exercice de cette garde » (Ḳalḳ., XII, 157.

du patrimoine et ils sont limités aux actes qui tendent à cette conservation. Ils n'en sont pas moins assez larges. Non seulement, le ḳāḍi peut entreprendre les actes d'administration courante, mais, même, certains actes de disposition. Ibn Ḥağar, raconte, dans la chronique consacrée à Bakkār, ḳāḍi d'Egypte du milieu du IIIe siècle h., que la propriétaire d'une maison sise au Caire s'étant trouvée en état d'absence, l'occupant en remit les clés audit Bakkār qui désigna un séquestre pour l'administration de l'immeuble[1]. Le juge peut déposer chez un tiers les objets et l'argent appartenant à l'absent[2] comme il peut maintenir le dépositaire qui avait été constitué par l'absent[3]. Il peut donner les biens de l'absent en location[4]. Il peut même vendre les meubles, s'il y a de justes motifs de craindre la perte de ces biens, mais à condition que le lieu de résidence de l'absent soit inconnu[5]. Le ḳāḍi peut prêter l'argent ou la chose de l'absent, sous réserve de s'assurer de la solvabilité de l'emprunteur[6]. Il peut recevoir paiement des créances et, d'autre part, acquitter les dettes de l'absent[7]. Si la gestion du patrimoine de l'absent nécessite des impenses, le ḳāḍi a naturellement le pouvoir de prélever les sommes nécessaires sur ce patrimoine[8]. L'aliénation de l'immeuble est, toutefois, interdite.

Comme le ḳāḍi peut exercer lui-même la gestion des intérêts de l'absent, il peut déléguer en partie ou en totalité ces pouvoirs à un curateur ( *ḳayyim* قيّم[9] ).

Une première distinction est cependant à établir, dans le cas de l'absent *ġā'ib*, suivant qu'il s'agit d'une absence continue ou discontinue. Dans la première hypothèse, les pouvoirs du magistrat sont plus larges. Ainsi, en cas de poursuites judiciaires contre l'héritier absent du *de cujus* le magistrat ne peut désigner un tuteur *ad hoc* pour la représentation en justice de cet héritier que si celui-ci est en état d'absence continue. Les pouvoirs du magistrat sont encore d'étendue différente suivant qu'il s'agit d'absent *ġā'ib* et d'absent *mafḳūd*. Dans ce dernier cas, disent les textes, « l'autorité du ḳāḍi est plus générale » ; suivant une autre formule, « le ḳāḍi a une liberté d'action qu'il ne possède pas en cas d'absence ordinaire ».

(1) *Wulāt*, 510. (2) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 48 et ss. (3) *Ibid.*
(4) *Ibid.* (5) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 48 et ss. ; *Fatāwi hindyya*, III, 415.
(6) Ibn ʿAbdīn, IV, 473. (7) *Fatāwi hindyya*, III, 415 ; Ibn ʿAbdīn, IV, 473.
(8) Ibn Nuğaym, VI, 272. (9) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 50.

C'est ainsi que le ḳāḍi peut vendre le bien du *maḫkūd*, suivant sa libre appréciation[1].

D'après la définition qu'en donne les jurisconsultes, la *luḳṭa*, — étymologiquement : objet qu'on appréhende —, est un bien trouvé qu'on appréhende et dont le propriétaire n'est pas connu (مال يوجد ولا يعرف له مالك)[2]. La *luḳṭa* se distingue de la *res derelicta* du droit romain en ce qu'elle n'implique pas la présomption d'abandon par le propriétaire de son droit sur la chose.

La personne qui appréhende la *luḳṭa* est constituée, de par la loi, dépositaire de l'objet, Il y a là une sorte de dépôt nécessaire. Ce dépositaire doit faire toutes diligences pour porter à la connaissance du public sa trouvaille, veiller à sa conservation, et, lorsque le propriétaire se révèle, la lui restituer, sous réserve du droit de rétention de l'inventeur au cas où il aurait fait des débours pour la garde et la conservation de la chose. L'inventeur, n'étant qu'un simple dépositaire, est soumis à l'autorité du juge pour la bonne exécution de ses obligations. Aussi, peut-il demander au juge de se décharger entre ses mains de la garde. La doctrine recommande même cette pratique. Le juge peut conserver lui-même la chose ou la confier à un tiers ou constituer gardien l'inventeur lui-même. Il en ressort qu'en dernière analyse, c'est le magistrat qui a le droit primordial de garde de la chose. Pour faire ressortir la distinction entre le juge et le particulier, à cet égard, les textes disent : « que le ḳāḍi a la *wilāya* » ( autorité légale ) sur la chose trouvée, tandis que le particulier en est simple dépositaire.

Les pouvoirs du magistrat sur la *luḳṭa* sont essentiellement des pouvoirs destinés à assurer la conservation de la chose ; il possède à cet égard un très large pouvoir d'appréciation : « il fait tout ce qui lui paraît utile dans l'intérêt du propriétaire de la chose ».

L'inventeur ne peut faire des impenses sur la chose avec droit de recours ultérieur contre le propriétaire que s'il y est autorisé par le juge. Le juge peut aussi autoriser l'inventeur à louer la chose, à la prêter[1], et, même, à la vendre, dans le cas où sa conservation ne présenterait aucune utilité. Ainsi, les textes, statuant sur le cas de l'esclave en fuite qui est appréhendé comme *luḳṭa*, admettent qu'il

(1) Ibn ḳāḍi Samāwana, I, 50 (2) Sur ce point ainsi que sur toutes les règles concernant la *luḳṭa*, cf. Ibn Nuǧaym, V, 149 et ss. ; adde *Maǧalla*, art. 769 et ss.
(3) Ibn ʿAbdīn, IV, 473.

pourrait être vendu après autorisation judiciaire. Le prix est conservé pour le compte du propriétaire[1]. A plus forte raison, le juge exerce lui-même ces diverses facultés lorsqu'il assume directement la garde de la chose.

A la *luḳṭa*, la doctrine assimile le bien d'un individu qui vient à mourir dans la maison d'un autre, sans laisser d'hértier connu, à condition toutefois que le bien soit de valeur minime, de cinq dirhems environ.

En ce qui concerne les biens de plus grande valeur laissés par une personne décédée sans héritier connu, ils sont destinés, en principe, à devenir la propriété de l'Etat. Mais jusqu'à ce qu'une certitude soit établie quant à l'existence ou à l'inexistence d'héritier, la succession se trouve placée sous main de justice. Nous examinerons plus loin en détail cette question.

**Mariage des ayama** — Māwardi indique, comme sixième attribution des kāḍi, le pouvoir de procéder au mariage des *ayāma* ( ايامى ). Cette compétence est reproduite par tous les auteurs et elle figure dans la plupart des diplômes d'investiture de magistrats. Etymologiquement, le terme « *aym* » ايم ( pluriel : *ayāma* ) désigne, en général, toute personne en état de célibat, qu'elle ait été ou non précédemment mariée, et, dans un sens plus particulier, il désigne l'époux ou l'épouse qui a perdu son conjoint par suite de décès ou de divorce[2]. Au sens juridique, ce terme désigne, exclusivement, la femme majeure non pourvue actuellement d'un mari.

La compétence du magistrat en cette matière peut sembler, de premier abord, étrange. Elle s'explique cependant par deux motifs, de nature différente. D'une part, la morale islamique regarde d'un mauvais œil l'état de célibat. Mahomet l'aurait condamné formellement, et l'opinion prédominante s'est, par la suite, fixée définitivement dans ce sens. Cette attitude est une des manifestations les plus marquantes de la doctrine générale de l'Islam en matière d'ascétisme auquel elle est loin d'être favorable[3]. D'autre part, la doctrine juridique, en général, pose en principe que la femme majeure

(1) Ibn Nuǧaym, V, 159.

(2) Cf. *Muḥīṭ al-muḥīṭ*, V° آيم ; Lane, *Arabic-english, Lexicon*, V° أيم.

(3) Cf. sur ce point, Goldziher, *Vorlesungen*, 141 s. ; Lammens, *Islam*, 102, 129, 149.

est incapable de contracter elle-même mariage ; qu'elle doit être représentée, dans la conclusion du contrat, par son parent le plus proche, qui exerce, en l'espèce, une sorte de curatelle, et qui, pour cette raison, porte le titre de *wali*. Or, à défaut de *wali*, c'est le ḳāḍi qui exerce la curatelle. L'école ḥanafite, enseigne au contraire, sous réserve de quelques opinions dissidentes, qu'en principe, la femme majeure est capable de contracter mariage. Mais, en tous cas, elle recommande de faire représenter la femme, pour la célébration de son mariage, par un *wali*, pour un motif de décence, pour que, disent certains textes, qu'elle (la femme) « ne soit pas accusée de manquer de pudeur» (كيلا لا تنسب الى الوقاحة)[1]. La pratique semble s'être aussi fixée en ce sens, vu que les diplômes d'investiture de magistrats, dans des régions où le maḏhab ḥanafite était prédominant, la conclusion du contrat de mariage des *ayāma* est indiquée parmi les attributions judiciaires[2].

La chronique rapporte des exemples qui confirment l'exercice, en fait, de cette compétence par les magistrats[3].

Il ne s'agit que du mariage des femmes et non des hommes, lesquels ne sont frappés d'aucune incapacité. D'autre part, il ne s'agit que des femmes majeures ; car, pour celles qui sont encore en état de minorité, le pouvoir du ḳāḍi de procéder à leur mariage rentre dans ses attributions générales de tuteur légal des mineurs. Mais, peu importe que la femme soit veuve ou divorcée ou qu'elle n'ait jamais été engagée dans un précédent mariage[4].

La compétence du juge est subsidiaire. La plupart des textes de doctrine et des diplômes d'investiture spécifient bien, en effet, que l'autorité du juge n'a lieu de s'exercer qu'à défaut de *wali* : عند فقد الاولياء. Mais, même en sa présence, le juge ne perd pas tout droit. Il conserve un pouvoir de contrôle sur les décisions que peuvent prenre le *wali* d'une femme quant à son mariage. Ibn Al-Ḫaṭīb rapporte qu'une des femmes de Muḳtadir ayant voulu, après la mort de ce calife, remarier, avec un de ses propres serviteurs et ses wāli s'y étant opposés, elle s'adressa au ḳāḍi, et, à force de présents, obtint de lui

(1) Margināni, I, 156 et ss.
(2) Cf., par exemple, Ḳalḳ., X, 272.
(3) Ibn Ḫallikān, II, 280.
(4) Un diplôme d'investiture semble pourtant ne faire allusion qu'aux femmes veuves, « à qui un long veuvage porte préjudice » (Ḳalḳ., X, 272).

l'autorisation recherchée[1]. Le même historien rapporte dans la chronique du ḳāḍi Ibn Ġyāṯ de la fin du IIe siècle h., qu'une femme s'adressa un jour à ce magistrat pour lui demander de la marier, ses frères se refusant eux-mêmes à le faire[2].

Les textes insistent sur les devoirs du juge dans l'accomplissement de ce chef d'attribution. Il doit montrer une égale diligence pour l'établissement des riches et des pauvres, des puissants et des faibles ; il ne doit marier une femme qu'à un homme d'égale qualité ou qui lui soit convenable, suivant les circonstances ; il ne doit pas manquer de stipuler le *mahr*, etc[3]. En tout cas, il possède à tous ces égards un très large pouvoir d'appréciation[4].

## §. 3. — L'exécution des testaments

Māwardi indique comme cinquième attribution des ḳāḍi « l'exécution des testaments ». Cette compétence est aussi mentionnée par beaucoup d'autres auteurs, comme Ibn Ḫaldūn. Il peut paraître, au premier abord, étonnant que cette matière constitue l'objet d'un chef distinct de compétence, étant donné que les difficultés soulevées par l'exécution des dispositions testamentaires ne sont pas, de nature, différents de tous les autres conflits d'intérêts privés, qui rentrent dans la compétence juridictionnelle ordinaire du ḳāḍi. Il semble qu'on pourrait rechercher l'explication de cette particularitè dans deux règles propres au droit successoral musulman sunnite : la règle suivant laquelle toute disposition testamentaire en faveur d'un héritier est interdite, règle qui s'exprime par l'adage لا وصية لوارث, et la règle suivant laquelle la quotité disponible par testament en faveur des personnes qui ne sont pas légalement appelées à la succession ne peut pas dépasser le tiers des biens successoraux. Ces règles sont, pourrait-on dire, — si l'expression existait dans le langage des fuḳahā, — d'ordre public ; en tout cas, elles sont considérées comme deux pièces essentielles du régime successoral. Les auteurs de droit public auraient donc estimé utile de réserver une rubrique spéciale

(1) Ibn Al-Ḫaṭīb, II, 153. (2) Ibn Al-Ḫaṭīb, V, 193. (3) Māwardi, 67 ; Ḳalḳ., X, 272 et ss., XIV, 341. (4) Ibn Ḫaldūn, 221.

à la compétence du magistrat, ayant pour objet de veiller à la stricte observation de cette double prescription fondamentale de la loi[1].

Suivant Māwardi, la compétence du ḳāḍi consiste, en premier lieu, à « assurer l'exécution des dispositions testamentaires, conformément aux conditions prévues par le testateur, dans la mesure autorisée par a loi et dans les cas non interdits par elle ». Le magistrat a donc pour devoir de prononcer l'annulation de tout testament fait au profit d'un héritier comme, aussi naturellement, tout testament nul pour un autre motif légal quelconque, ainsi que de réduire à la quotité disponible toute disposition qui la dépasserait. Māwardi ajoute qu'au vu d'un testament légalement valide, le ḳāḍi doit assurer la livraison aux ayants droit de leurs legs. Au cas où les ayants droit ne sont pas déterminés dans le testament, mais simplement déterminables, il lui incombe de les désigner lui-même et de leur remettre leur legs. Mais, dans cette exécution des legs, les pouvoirs du magistrat diffèrent suivant que le testateur a institué ou non un exécuteur testamentaire. Dans le premier cas, la mission du juge doit se borner à surveiller l'exécution du testament conformément à ses clauses et aux règles indiquées plus haut ; dans le deuxième, c'est lui-même qui s'érige en exécuteur testamentaire. Toutefois, il a toujours le droit, en cas d'incapacité de l'exécuteur désigné dans le testament, de le révoquer et de lui substituer un autre, désigné par lui, ou bien de lui adjoindre un deuxième exécuteur[2]. Il semble même que le juge a, en ces matières, un pouvoir d'action d'office, n'ayant pas besoin, pour agir, d'être saisi par la requête d'un intéressé.

## §. . — L'administration des wakf

L'administration des biens de mainmorte, dits *waḳf* ou *ḥubs* ( plur.: *awḳāf*, *ḥubūs* ), constitue une des attributions les plus importantes du magistrat et dont l'importance est allée en augmentant avec l'augmentation, toujours grandissante en Islam, des biens de mainmorte. La mise hors du commerce de biens, principalement de

(1) C'est pourquoi, semble-t-il, la plupart des diplômes de nomination de magistrats négligent de faire mention de ce chef d'attribution. On en trouve, cependant, mention dans un diplôme délivré par le calife fatimite Ḥākim ( Ḳalḳ., X, 387 ).
(2) Marġināni, IV, 312.

biens immobiliers, restreinte, dans le principe, à des buts exclusivement pieux et charitables, fut, de bonne heure, détournée, en très grande partie, de cette destination pour servir à immobiliser des biens dans des buts exclusivement terrestres et intéressés, notamment, pour assurer à la descendance et à la famille d'un individu un patrimoine inaliénable et insaisissable, ainsi que pour tourner certaines règles du régime successoral. Les pouvoirs publics ne pouvaient pas assister, inactifs, à cette augmentation exorbitante des biens de mainmorte, non, certes, pour endiguer le mouvement en lui imposant des restrictions, — le droit musulman n'a jamais découragé la constitution des waḳf — mais pour veiller à la bonne conservation de ces biens qui n'ont plus de propriétaires et dont les administrateurs naturels peuvent se désintéresser, ainsi que pour veiller à la sauvegarde des intérêts des bénéficiaires actuels et, surtout, à venir.

Suivant la définition la plus classique que l'on trouve dans les auteurs et d'après l'opinion prédominante, le waḳf consiste dans le fait d'immobiliser une chose corporelle en s'en dépouillant au profit de Dieu et en en réservant la jouissance à des êtres humains (حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد)[1]. D'autres auteurs précisent que la jouissance doit être réservée à des buts pieux et charitables (صرف منفعته الى وجه من وجوه الخير)[2]. Cette expression est très générale et il en ressort que, contrairement à certaine opinion courante, les buts du waḳf peuvent consister aussi bien à consacrer les revenus du bien aux pauvres et indigents qu'à des personnes ou des institutions qui ne sont pas dans le besoin, car dans ce cas aussi, on peut accomplir une bonne action[3].

De cette définition ressortent les motifs déterminants qui ont amené le pouvoir judiciaire à s'ingérer dans l'administration des waḳf. D'une part, en effet, étant donné la conservation de leur nue-propriété à Dieu, un caractère religieux se trouve imprimé à ces biens. Naturellement, alors, l'autorité judiciaire, dont le caractère religieux est si prononcé, se trouvait avoir, bien plus que toute autre autorité, vocation à l'administration et au contrôle des waḳf. D'autre part, le fait que la jouissance de ces biens revient souvent à des individus dont certains sont incapables d'assurer eux-mêmes la protection efficace de leurs intérêts — comme les indigents, — dont, par

(1) Marġinānī, III, 10. (2) Dāmād effendi, I, 731. (3) *Ibid.*

ailleurs, certains ne sont pas déterminés, mais simplement déterminables ou ne sont pas encore existants et dont il faut d'ores et déjà assurer la protection des droits éventuels, devait naturellement susciter la compétence du juge, en raison même de cet autre caractère de l'autorité judiciaire, gardienne des intérêts sans défense. Le point de départ historique de la compétence du ḳāḍi en matière de waḳf, tel que nous le déterminons plus loin, justifie en fait cette dernière considération[1].

Tous les auteurs sont unanimes à faire rentrer l'administration des waḳf dans les attributions ordinaires du magistrat. La plupart des diplômes d'investiture portent une mention expresse d'attribution à ce sujet. Mais, comme pour la compétence en matière de tutelle des incapables, il faut observer que l'administration des waḳf ne rentre pas de plein droit dans la compétence de tout magistrat, indistinctement ; qu'il est nécessaire, à cet effet, d'une investiture spéciale dans l'acte de nomination. C'est exclusivement la charge des ḳāḍi supérieurs ou ḳāḍi al-ḳuḍāt qui implique normalement compétence en matière de waḳf aussi bien, d'ailleurs, qu'en beaucoup d'autres matières[2].

Nous allons indiquer d'une façon sommaire les principes généraux de cette compétence des magistrats, telle qu'elle s'est fixée à l'époque classique, et nous essaierons par la suite de donner quelques indications sur l'évolution de cette compétence.

Suivant la formule employée par Māwardi, le juge « connaît des waḳf en veillant à leur conservation, en les faisant fructifier conformément à leur destination » ; mais les pouvoirs du juge diffèrent suivant qu'il exerce directement l'administration du waḳf ou que cette administration est assurée par une personne, simple particulier ou fonctionnaire subalterne, désigné spécialement à cet effet. Il est de principe que tout constituant de waḳf peut librement se désigner lui-même ou désigner une autre personne comme gérant et administrateur de ce waḳf ; il peut même établir une succession d'administrateurs, en prévision des cas de destitution, incapacité et décès. Cet administrateur porte le nom de *mutawalli*. Il peut être assisté de gérants accessoires, tel que le *nāẓir*, le *mušrif* ( contrôleur ), le *ǧābi* ( percepteur ). La compétence du ḳāḍi quant à la gestion directe, est donc subsidiaire, comme en matière de tutelle des inca-

(1) V. *infra*, 380 et ss. (2) Ibn Nuǧaym, V, 233.

pables ; elle est, comme le disent les textes, ولاية متأخرة[1]. Māwardi, en formulant le principe de la compétence judiciaire, ajoute, en effet, la réserve que « s'il existe une personne désignée pour administrer le waḳf, le ḳāḍi doit respecter cette désignation ». Mais, dans ce cas, le magistrat exerce sur la gestion du mutawalli un droit de contrôle. L'autorité du ḳāḍi, quoique subsidiaire, est donc supérieure, suivant encore l'expression des textes : نظره اعلى[2]. Ce principe est d'ordre public et il prévaut contre toute stipulation contraire. Une clause de l'acte constitutif du waḳf qui stipulerait l'exclusion de l'autorité du magistrat serait nulle, sans emporter cependant nullité des autres parties de l'acte[3].

Ce pouvoir supérieur de contrôle consiste, en premier lieu, dans le droit exclusif du juge à autoriser l'accomplissement des actes qui dépassent les pouvoirs ordinaires du mutawalli. Ainsi, si le constituant a stipulé l'interdiction de louer le waḳf pour une durée supérieure à une année, le mutawalli pourrait solliciter et obtenir l'autorisation du juge à passer outre à cette stipulation, au cas où il apparaît qu'elle est de nature à porter préjudice aux intérêts mêmes du waḳf qui ne trouverait pas preneur pour la durée de location permise. De même, c'est le ḳāḍi seul qui peut autoriser le mutawalli à mêler les biens constitués en waḳf ou leurs produits, tels que des sommes d'argent, avec son propre patrimoine. La procédure importante de l'*istibdāl*, sorte de procédure d'emploi et de remploi, qui consiste à vendre le waḳf pour le remplacer par un autre bien, et qui est autorisée par la loi dans les cas, notamment, où le waḳf actuel ne produirait aucun revenu ou menacerait ruine, ne peut être entreprise qu'avec la permission et sous la surveillance du juge. Le contrôle judiciaire s'exerce, au surplus, d'une façon permanente sur l'activité ordinaire du mutawalli. Le ḳāḍi doit l'inviter périodiquement à rendre compte, et les auteurs notent, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, que le contrôle donnait lieu à maints abus et collusions frauduleuses entre magistrats et administrateurs[4].

(1) Ibn Nuǧaym, V, 232. (2) Ibn Nuǧaym, V, 223. Ce caractère supérieur des pouvoirs du magistrat s'affirme même à l'égard du prince, en ce sens que ce dernier ne pourrait détourner les waḳf ou leurs revenus de leur destination naturelle que pour des motifs valables reconnus par le juge. La chronique rapporte qu'en l'an 789/1387, le sultan mamluk d'Egypte et de Syrie, ayant eu besoin de subsides dans sa lutte contre Tamerlan, demanda aux ḳāḍi al-ḳuḍāt et aux ḳāḍi al-ʿaskar des divers rites l'autorisation de lui remettre les revenus des wakf pour une année entière. (3) Ibn Nuǧaym, *eod. loc.* (4) Ibn Nuǧaym, V, 223, 233, 243.

Le ḳāḍi destitue le mutawalli et tous autres administrateurs subalternes en cas d'infidélité ou de faute. Ce pouvoir peut s'exercer même à l'égard du constituant qui s'est réservé à lui-même la gestion du waḳf. Au cas où la charge apparaît trop lourde pour un seul administrateur, ou, même, à titre préventif, contre des abus possibles de l'administrateur unique, le juge peut adjoindre au mutawalli en exercice un autre mutawalli. Il peut forcer l'administrateur négligent à l'accomplissement de certains actes, nécessaires à la bonne gestion du waḳf, tel que des réparations urgentes à un immeuble ; il peut même se substituer à lui dans ces actes. Ainsi, le magistrat peut valablement louer la chose frugifère constituée en waḳf, que le mutawalli laisse improductive. C'est aussi le ḳāḍi qui, à défaut de stipulation dans l'acte constitutif, fixe la rémunération due aux administrateurs. Les auteurs ne mentionnent pas l'exercice d'un pouvoir répressif à l'égard du mutawalli négligent ou infidèle. Mais il est certain qu'à l'origine tout au moins, ce pouvoir était exercé. Kindi rapporte, dans la chronique consacrée au ḳāḍi d'Egypte, Ḫazmi, ( 170/786 - 174/790 ), que, lorsque, au cours de ses inspections, ce magistrat relevait quelque négligence de la part d'un mutawalli, il lui infligeait une peine de dix coups de fouet[1].

La gestion directe du waḳf par le magistrat doit s'exercer dans les conditions mêmes de la gestion par le mutawalli ordinaire, sauf que, naturellement, elle est affranchie de toute tutuelle. Mais, en fait, à partir du jour où les waḳf se multiplièrent, les magistrats suivirent la pratique de déléguer leurs pouvoirs à des préposés, simples particuliers ou auxiliaires de justice ou même ayant rang de magistrat. Cette constatation ressort des termes de la plupart des diplômes d'investiture ; toutes les prescriptions et les recommandations qu'ils contiennent relativement à l'administration directe des waḳf supposent qu'elle est exercée par des préposés du juge. L'autorité du magistrat sur ces préposés est plus sévère et étendue que celle qu'il exerce sur les mutawalli ordinaires. C'est ainsi que s'il ne peut destituer les mutawalli que pour faute alors qu'il est libre de renvoyer *ad nutum* l'administrateur préposé par lui.

Les pouvoirs du ḳāḍi ne doivent pas seulement s'exercer quant aux biens waḳf connus et recensés. Mais, comme le prescrivent les diplômes d'investiture, les magistrats doivent veiller à ce qu'aucun waḳf ne reste en dehors de leur contrôle ; ils doivent rechercher tout bien de ce genre, resté clandestin[2].

(1) *Wulāt*, 383. (2) Ibn Nuǧaym, V, 157.

En tout cas, aussi bien en matière de gestion directe que de simple contrôle, le magistrat possède un très large pouvoir d'appréciation qui n'est limité que par la considération de l'intérêt du waḳf. Comme le disent les textes تصرف القاضي بالوقف مقيد بالمصلحة [1]. C'est bien cette considération qui inspire la règle suivant laquelle le magistrat doit veiller à ce que la gestion du waḳf s'exerce d'une façon conforme à sa destination et à sa nature intrinsèque[2].

En plus des pouvoirs d'administration et de contrôle, la compétence du juge a lieu de s'exercer, — suivant une opinion admise dans le madhab ḥanafite et suivie en pratique dans certains pays — dans la constitution même du waḳf. D'après cette opinion, le waḳf ne devient parfaitement valable que si l'acte constitutif est confirmé par une décision juridictionnelle que prononce le juge à la suite d'un procès fictif engagé entre le constituant et le mutawalli désigné. ( Le waḳf qui ne doit produire effet qu'après la mort du constituant est dispensé de cette formalité ). Le rôle du juge devient, ainsi, essentiel dans la constitution même du waḳf. Le juge lui-même doit veiller à ne pas laisser des waḳf fonctionner sans qu'ils aient été validés par une sentence préalable.

Le document qui permet de déterminer le point de départ de l'évolution de la théorie relative à l'administration des waḳfs consiste, à notre connaissance, dans un texte de Kindi. Ce chroniqueur rapporte que ce fut Tawba ibn Nimr, ḳāḍi du Caire, du début du IIe s. h., qui, exactement en l'an 118/736, « fut le premier magistrat en Egypte, à mettre sous main de justice les *aḥbās* ». Le texte ajoute : « Auparavant, les *aḥbās* étaient entre les mains de leurs bénéficiaires et des tuteurs de ceux-ci. Mais lorsque Tawba fut nommé ḳāḍi, il fit la déclaration suivante: « Puisque ces *ṣadaḳāt* n'ont en définitive comme bénéficiaires que les pauvres et les malheureux, je dois bien mettre la main sur eux, afin de prévenir leur perte et empêcher qu'ils ne soient transmis par succession comme des biens héréditaires ordinaires[3] ».

(1) Ibn Nuǧaym, V, 227. (2) Sur tous ces points et les solutions indiquées en matière des wakf; cf., notamment, Marǧināni, III, 10 et ss.; Ibn Nuǧaym, V, 187 et ss.
(3) كان توبة بن نمر اول قاضٍ بمصر وضع يده على الاحباس . قبل كانت الاحباس في ايـــدي اهلها وفي ايدي اوصيائهم فلما كان توبة قال : ما ارى مرجع هذه الصدقات الا الى الفقراء والمساكين فارى ان اضع يدي عليها حفظاً لها من التواء والتوارث ( *Wulāt*, 346 ).

Les biens de mainmorte qui, dans les premiers temps de l'Islam, à une époque de ferveur religieuse non encore attiédie, suivaient effectivement, sans doute, leur destination charitable naturelle, commençèrent, au début du IIe s., à être détournés de cette destination ; de même que les particuliers se mirent à utiliser ce moyen légal de l'immobilisation des patrimoines dans un but tout autre que celui pour lequel il avait été institué. Conscient de sa mission, le pouvoir judiciaire à défaut de pouvoir législatif, est intervenu spontanément, pour essayer de redresser cette déviation, ce détournement d'une institution de son but naturel. Il y avait bien en fait matière à intervention de l'autorité, puisque, d'après le texte de Kindi, dès avant la mort de Tawba ibn Nimr, « les *aḥbās* étaient devenus une administration considérable[1] ». Est-ce à dire que les magistrats écartèrent de la gérance des waḳf leurs mutawalli naturels, constituants ou administrateurs désignés par les constituants du wakf ? Nous ne le pensons pas, malgré les termes du texte précité, car, dans un autre texte, relatif à peu près à la même époque, les ḳāḍi sont encore représentés comme s'occupant des wakf avec la présence de leurs mutawalli[2]. Tout ce que, à notre sens, le texte se rapportant au ḳāḍi Tawba ibn Nimr veut dire, c'est que les magistrats ont placé sous leur autorité l'administration des biens de mainmorte, soit en exerçant directement et eux seuls cette administration, soit en exerçant un contrôle sur la gestion des mutawalli naturels.

En tout cas, l'activité des ḳāḍi dans ces nouvelles attributions semble avoir été considérable. D'après Kindi, le ḳāḍi d'Egypte Ḥazmi ( 170/786 - 174/790 ) « consacrait, chaque mois, trois jours à inspecter en personne les wakf, ordonnant l'exécution des réparations et des travaux de nettoyage nécessaires ; et s'il relevait quelque négligence à la charge des mutawalli. il leur infligeait une peine de dix coups de fouet[3] ». Le kāḍi 'Umari, dont pourtant les mœurs publiques et privées sont jugées si sévèrement, déployait une très grande activité dans la construction d'immeubles revenant aux aḥbās. « Il surveillait en personne ces constructions et passait la plus grande partie de sa journée avec les maçons[4] ».

Organisés, comme on vient de le voir, en une administration distincte, devenue de bonne heure très importante, les wakf ne tardèrent pas à constituer un objet d'occupations si absorbantes et si

(1) فلم يمت توبة حتى صارت الاحباس ديواناً عظيماً ( *Wulāt, eod. loc.* ). (2) *Wulāt,* 383. (3) *Wulāt,* 383. (4) *Wulāt,* 395.

multiples pour les magistrats que leur activité personnelle n'y put plus suffire. Les ḳāḍis éprouvèrent la nécessité de se faire assister à cet effet par des auxiliaires. Au début du IVe siècle h., cette pratique devient courante. Le texte des diplômes de nomination sont très significatifs à cet égard. Ils contiennent des recommandations et des prescriptions quant à la conduite que doit tenir et les règles que doit suivre le magistrat nouvellement nommé, non point dans l'administration directe et personnelle des wakfs de son ressort, mais dans le choix des personnes qu'il prépose à cette administration et le contrôle qu'il doit exercer constamment sur elles[1].

Quant au statut de ces préposés, qui souvent sont choisis parmi les simples particuliers, ils deviennent, du fait des attributions qui leurs sont conférées, des fonctionnaires judiciaires sulbalternes. Dans beaucoup de cas, aussi, ils sont recrutés parmi les auxiliaires du magistrat, notamment ses šuhūd[2]. Parfois, même, ce sont des magistrats de carrière qui, sous l'autorité d'un magistrat supérieur, sont préposés à cette gérance. Ainsi, le ḳāḍi d'Egypte Ḥusayn ibn Harwān partage ses attributions judiciaires entre deux magistrats ; l'un est préposé au jugement des procès intéressant les waḳfs, l'autre, à leur administration ainsi d'ailleurs qu'à d'autres fonctions judiciaires connexes, L'un et l'autre, ajoute le texte, « portaient le titre de kāḍi[3] ». Cette pratique n'est pas spéciale aux pays d'Orient : elle est aussi courante dans l'Occident musulman où l'administration des wakfs est confiée par les magistrats supérieurs à d'autres magistrats[4]. Etant donné l'importance de ces fonctions, l'autorité supérieure — calife, wazīr — intervenait souvent dans la désignation de leurs titulaires. Kindi raconte que le ministre abbasside, Ḥasan ibn Al-Furāt, ( première moitié du IVe s. h. ), ayant eu à se plaindre du ḳāḍi d'Egypte, Ǧawhari, lui enleva l'administration des waḳf pour les confier au ḳāḍi ʿAli ibn abi-Bakr[5].

Mais, à mesure que l'importance des biens de mainmorte augmentait, l'activité des magistrats devenait insuffisante pour en assurer l'administration, de même que le pouvoir exécutif supérieur y trouvait de nouveaux motifs pour s'ingérer directement dans leur gestion. C'est pourquoi, on commence à voir certaines masses de biens wakf ayant une destination commune, distraites de la compé-

(1) Ḳalḳ., X, 272. 283.
وكل واحد منهما يخاطب بالقاضي .
(2) *Wulāt*, 601.
(4) Faraḍi, I, 387.
(3) *Wulāt*, 571, 573
(4) *Wulāt*, 536.

tence judiciaire et constituées en une administration autonome, relevant directement du pouvoir exécutif. Ainsi, sous le califat de Muḳtadir ( 295/908 - 320/932 ) certains waḳf à destination purement religieuse furent érigés, par le wazīr ʿAli ibn ʿIsa, en un bureau distinct appelé « Bureau des œuvres pies » (ديوان البر)[1]. Il ressort d'un autre texte, de la même époque environ, — précisément, un diplôme de nomination à un poste d'administrateur de biens wakf, délivré par le calife Ṭaʾiʿ ( 363/974 - 381/991 ) — que l'administration de certains wakf était érigée déjà en service entièrement autonome, à la tête duquel était placé un fonctionnaire nommé directement par le pouvoir supérieur et disposant de services accessoires permanents de secrétariat et d'archives[2].

Ce service finit même par constituer un rouage important de l'organisation de l'Etat, placé à un échelon élevé dans la hiérarchie administrative. D'aprés Ḳalḳašandi, l'administration des wakf constituaient, dans l'Etat abbasside, à l'époque de son déclin, une fonction distincte ; elle occupait, dans la hiérarchie des fonctions religieuses, le troisième rang, après la magistrature judiciaire et la *ḥisba*[3]. Dans la nomenclature des fonctions publiques de l'Etat fatimite, en Egypte, le même auteur cite, immédiatement après le pouvoir judiciaire et toujours comme fonction distincte, l'administration des wakf[4].

Il ne faut, sans doute, pas inférer des textes susvisés que cette administration était nécessairement toujours distraite de la compétence judiciaire, mais qu'en soi elle constituait une fonction autonome, qui était, parfois, comme d'autres textes le prouvent, attribuée aux magistrats. Jusqu'à une époque avancée, on voit toujours des cas où l'administration des wakfs est confiée aux ḳāḍi. En Syrie, à la fin du VI^e s. h., Ibn Šaddād, l'historiographe de Saladin, est nommé kāḍi d'Alep en même temps qu'administrateur des waḳf de cette province[5]. En Espagne, le diplôme d'investiture d'un kāḍi al-ǧamāʿa, du début du VIII^e s. h., mentionne l'administration des wakf parmi les attributions de ce magistrat[6]. Une inscription d'une vieille école de Damas confirme qu'au IX^e s. h. les magistrats, en Syrie, exerçaient encore l'administration des wakf[7]. En tout cas, confiée à des magis-

(1 Ṣābi', 49. (2) Ḳalḳ., X, 259 et ss. (3) Ḳalḳ., III, 278. On remarquera le caractère religieux de la fonction. (4) Ḳalḳ., X, 308. (5) Ibn Ḫallikān, II, 469. (6) Maḳari, III, 73. (7) *Dimašḳ* ( revue de langue arabe paraissant à Damas ) 1940, 30.

trats, cette administration apparaissait, dans le diplôme d'investiture, comme un chef distinct, autonome, faisant l'objet d'une mention spéciale d'attribution de compétence[1].

A l'époque mamluk, on répartissait les wakf en trois catégories : 1° — les wakf qui, placés sous la surveillance d'un haut fonctionnaire du palais, le *dawādār al-sulṭān*, étaient administrés par des *nāẓir*, et constituaient un *diwān* ou administration distincte ; 2° — les wakf dits *ḥukryya*, dont les revenus étaient destinés aux villes saintes de l'Islam et aux œuvres charitables en général, et qui, placés sous l'autorité du kāḍi al-kuḍāt šafi'ite, étaient administrés par des *nāẓir* ; 3° — les wakf dits *ahlyya*, dont les revenus appartenaient à des particuliers et qui étaient gérés par des administrateurs autonomes, mais sur lesquels les magistrats exerçaient un pouvoir supérieur de contrôle[2].

A l'époque moderne, dans des Etats musulmans, certaines catégories de biens de mainmorte ont pris une extension telle que leur gestion fut entièrement exclue de la compétence du magistrat et confiée à des organismes spécialement institués à cet effet. Ainsi, dans l'empire ottoman, il exista un département ministériel distinct, ( *ministère des wakf* ), ayant des ramifications dans toutes les provinces et dont la compétence s'étendait, soit pour en assurer directement la gestion, soit pour contrôler la gestion d'administrateurs distincts, sur les wakf dits *maḍbūṭa* et *mulḥaḳa*.

## §. 5. — L'exécution des décisions judiciaires

Nous avons déjà indiqué que la loi reconnaît au juge un pouvoir de coercition dans la conduite du procès, pour l'exécution de divers actes de procédure. Il s'agit maintenant, d'examiner la compétence même du magistrat en matière d'exécution proprement dite des décisions judiciaires. Māwardi indique cette compétence comme deuxième chef d'attribution du kāḍi[3]. Par ailleurs, tous les jurisconsultes reconnaissent implicitement cette compétence du kāḍi, dans

(1) Un diplôme de l'époque fatimite : Ḳalḳ., X, 452. (2) *E. I.*, V° *wakf*.
(3) Māwardi, 67 استيفاء الحقوق ممن مطل بها وايصالها الى مستحقها بعد ثبوت استحقاقها من احد وجهين اقرار او بينة.

les développements qu'ils consacrent aux voies d'exécution admises en droit musulman.

Ainsi, dans la procédure de la contrainte par corps, c'est le juge qui ordonne cette mesure à l'encontre du débiteur récalcitrant ; c'est lui qui apprécie la durée de l'incarcération ; c'est lui qui ordonne la libération du débiteur dont l'insolvabilité définitive est établie. Une distinction est faite entre le lieu d'incarcération des débiteurs, objet de contrainte par corps, qu'on appelle la *prison du juge* (سجن القاضي), et la prison où s'exécutent les peines d'emprisonnement proprement dit et qui s'appelle la *prison du gouverneur* ( سجن الوالي ). Aussi bien, c'est le juge qui a l'administration ou le contrôle supérieur de la prison pour dettes.

On reconnaît même au kāḍi le droit d'infliger des corrections corporelles au débiteur dont la solvabilité est certaine et qui refuse, malgré la contrainte par corps dont il est l'objet, d'exécuter son obligation. La chronique judiciaire de Ḫušāni rapporte que le kāḍi de Cordoue, Saḥnūn, du IIIe s. h., inaugura ce procédé de correction en passant outre à certaines critiques dont il fut l'objet à ce propos[1].

C'est encore le kāḍi qui procède à l'exécution des jugements sur les biens du débiteur condamné. Il ressort d'un texte de Ibn Ḥağar que, même pour les dettes dues au trésor public, l'administration devait avoir recours au magistrat pour obtenir la condamnation du débiteur et faire procéder à la vente de ses biens[2]. Nous avons vu, d'autre part, que la procédure de l'interdiction pour dettes du droit musulman, — faillite avec liquidation du patrimoine de l'interdit et répartition du produit entre les créanciers, — était une procédure judiciaire.

C'est aussi le juge qui ordonne les différentes mesures des procédures de saisie conservatoire connues en droit musulman. La saisie conservatoire, — *tawḳīf, i'tiḳāl* ( توقيف ، اعتقال ) — telle qu'elle est prévue dans les textes du maḏhab malékite, comporte trois variétés : la saisie des immeubles, celles des animaux, celle des choses périssables, telles que les denrées alimentaires. L'ordonnance de saisie, dans ces différentes procédures, n'est rendue par le juge que sur le vu, tout au moins d'un commencement de preuve. La

(1) Ḫušāni, 101. (2) *Wulāt*, 508.

déposition d'un témoin unique et, même, qui ne présenterait pas les qualités d'honorabilité légalement requises, ( déposition appelée *laṯḫ* لطخ ) suffit pour constituer un tel commencement de preuve[1].

Mais le pouvoir d'exécution des décisions judiciaires ne constitue pas une attribution essentielle de la magistrature, de telle sorte que l'on peut concevoir un ḳāḍi privé de ce pouvoir ou, par suite de certaines circonstances de fait, impuissant à assurer, par ses propres moyens, sa mise en œuvre, sans que, pour cela, son statut essentiel de magistrat soit affecté.

Ibn Farḥūn expose très clairement ce point de vue. Il distingue en effet, trois phases dans la procédure judiciaire. La première phase correspond à l'administration de la preuve du droit prétendu ; la deuxième, au jugement qui consacre ce droit ; la troisième, à l'exécution, ( *tanfīḏ* ). L'exécution consiste dans le fait de contraindre le condamné à fournir satisfaction, par l'emprisonnement ou la mainmise forcée sur le bien, objet du litige et sa remise à l'ayant-droit et, d'une façon générale, le recouvrement forcé de toutes sortes de droits. Or, ajoute Ibn Farḥūn, les magistrats n'ont pas toujours la possibilité de mener à bien cette troisième partie de la procédure, et assurer l'exécution de leurs sentences, au cas, notamment où ils se heurteraient à des puissants du jour ; le juge ne fait alors qu'établir le principe de la condamnation. En effet, le pouvoir d'exécution est une attribution qui n'est pas de l'essence du pouvoir judiciaire ; elle « vient s'ajouter » à ce pouvoir[2]. Aussi bien le pouvoir d'exécution peut être accordé, comme il peut ne pas être accordé, au magistrat, par l'autorité qui le nomme[3].

On relève dans différents diplômes de nomination de magistrats et de gouverneurs généraux, des passages dont il ressort qu'en fait beaucoup de ḳāḍi n'assuraient pas, par leurs moyens propres, l'exécution de leurs décisions et des diverses mesures de coercition, nécessaires pour l'accomplissement de certains actes de procédure préalables au jugement. Dans le diplôme d'investiture délivré au vice-roi Saladin, le calife lui prescrit d'ordonner aux agents des *ma'āwin* ( agents de la force publique ) de venir en aide aux ḳāḍi en tout ce qui est nécessaire pour l'exécution des jugements et des di-

(1) Ibn Farḥūn, I, 143 et ss. (2) Ibn Farḥūn, I, 93. (3) Ibn Farḥūn, I, 12.

vers actes nécessités par la procédure, de leur prêter main-forte pour faire comparaître les défendeurs cités devant le tribunal etc.[1]. De même, dans l'acte d'investiture de Abū-Bakr ibn Ayyūb, oncle de Saladin, il lui était prescrit de prêter main-forte aux magistrats judiciaires, « d'assurer ( lui-même ) l'exécution des sentences émanées d'eux » et, d'une façon générale, l'exécution de tous actes que les magistrats ordonnent dans la conduite des procès[2]. Dans un diplôme de nomination d'un magistrat de province, Ibn Ṭūlūn lui fait savoir qu'il a déja envoyé des instructions au gouverneur de la ville lui prescrivant de lui «prêter main-forte, le soutenir, dans l'exercice de ses fonctions, suivant la coutume suivie avec les magistrats, ses prédécesseurs[3] ». D'une façon générale, dans tous les diplômes de nomination des gouverneurs de districts et de provinces, on relève des prescriptions similaires[4]. Dans un autre diplôme d'investiture, de la deuxième moitié du IVe s. h., il est prescrit au magistrat, lorsqu'il rend son jugement dans une affaire et que la partie qui a obtenu gain de cause le lui demande, « d'écrire au *ṣāḥib al-ma'ūna* ( chef de la force publique ), le requérant d'assurer « l'exécution de la condamnation[5] ».

## §. 6. — Les attributions religieuses

Nous avons précédemment constaté que le caractère religieux qui, de bonne heure en Islam, a imprégné la fonction judiciaire, a eu pour effet naturel d'attirer à cette fonction des compétences de nature religieuse[6]. Ces attributions ne sont pourtant pas mentionnées dans la nomenclature des chefs de compétence judiciaire, telle qu'elle est fixée par différents auteurs comme Māwardi et Ibn Ḫaldūn. La raison en est, sans doute, qu'elles ne constituent pas des attributions de droit commun ; qu'elles sont simplement accidentelles. Cependant elles n'en ont pas moins été reconnues d'une façon assez fréquente aux magistrats, comme cela ressort de nombreux textes et, plus spécialement, des diplômes de nomination de certains magistrats ou, ce qui est plus significatif, encore, de modèles de diplômes de nomination.

(1) Ḳalḳ., X, 150. (2) Ḳalḳ., X, 108. (3) Ḳalḳ., IX, 32.
(4) Ḳalḳ., XI, 47, 59, 61, 62, 65, 68. (5) Ḳalḳ., X, 280.
(6) V. *supra*, 112 s.

Les principales matières d'attributions de nature religieuse sont: 1° — la direction de la prière dans les mosquées (*ṣalāt*); 2° — la prédication dans les mosquées (*ḫiṭāba*); 3° — l'appel à la prière (*ādān*). A ces matières, viennent s'ajouter d'autres, justiciables de circonstances historiques particulières, comme celle du *ḳaṣaṣ* (قصص), et celle de la *da'wa* (دعوة) ainsi que des matières qui sont assimilées aux matières religieuses, comme l'administration des mosquées et de leurs dépendances.

A partir d'une certaine époque, — qui n'est d'ailleurs pas la même pour elles, toutes, — ces attributions furent érigées en fonctions indépendantes, ayant leurs titulaires distincts.

**Le kasas** — Au premier siècle de l'hégire, le *ḳaṣaṣ*, profession qui consistait à raconter en public des traditions religieuses et à tenir des discours édifiants, a fini par être reconnu et réglementé par l'autorité et érigée en fonction publique, pourvue d'un titulaire[1], bien que l'exercice libre du ḳaṣaṣ ne fût pas interdit. Aussi, plusieurs ḳāḍi, en Egypte notamment, cumulèrent, avec leurs fonctions judiciaires, la fonction du ḳaṣaṣ. Cependant après la magistrature de Ibn Nimr (120/737 - 127/744) elle commence à tomber en désuétude, tout au moins dans son attribution aux ḳāḍi. On ne rencontre plus qu'un seul magistrat, au début du IIIe s. h., ayant exercé cette fonction, Ibrahim ibn Isḥāḳ (204/819 - 205/820)[2].

**La salat** — On distingue dans la théologie musulmane, trois genres de prières : 1° — les cinq prières quotidiennes, (*al-ṣalawāt al-ḫams*), celle de l'aurore, de midi, du *'aṣr* (entre midi et le coucher du soleil), celle du coucher du soleil, et celle de la nuit close, une heure environ après le coucher du soleil ; 2° — la prière du vendredi (*ṣalāt al-ǧum'a*) qui est obligatoire pour tout adulte mâle, et qui se fait à la mosquée et à midi avec une assistance d'au moins quarante fidèles ; elle est précédée de deux allocutions (*ḫuṭba*) prononcées du haut de la chaire par le *ḫaṯīb* ; 3° — les prières dites *ṣalawāt al-nādb al-masnūna*, spéciales aux deux fêtes du Sacrifice (*aḍḥa*) et de la fin du jeûne de ramaḍān (*fiṭr*), celles récitées lors des éclipses du soleil ou de la lune (*al-ḫusūfayn*) et celles récitées en temps de sècheresse (*istiskā'*). En principe, lorsque la prière est faite en commun, par une assem-

(1) V. *supra*, 165. (2) Sur tous ces points, cf. *Wulāt*, chronique des juges Ibn 'Iṯr, Ibn Ḥuǧayra, Ibn Nu'aym, Ibn Nimr, Ibn Isḥāḳ. Pour Ibn Nimr, cependant, cf. Maḳrīzi, IV, 18.

blée de quarante fidèles au moins, elle doit être dirigée par l'un d'eux, qui prend le titre de *imām* et qui peut être un simple particulier. Mais la pratique s'est établie, et elle a été confirmée par la doctrine — non point, certes, à titre d'obligation légale stricte, mais comme très recommandable ( من طريق الاولى والاستحسان ) — consistant en ce que, dans les mosquées, desservant une grande agglomération ( opposées aux mosquées particulières à un quartier ou à une communauté peu nombreuse, le prince désigne pour la direction des des prières un imām officiel[1]. Ainsi la direction de la prière est devenue une fonction publique : ولاية الصلاة — الولاية على امامة الصلاة.

Dans l'énumération qu'il fait des fonctions officielles de nature religieuse, Ibn Ḫaldūn place en premier lieu la ṣalāt, ou, plus exactement, la direction de la ṣalāt ( *imāmat al-ṣalāt* ). En principe, c'est le prince lui-même qui a la direction de la ṣalāt et, là où il se trouve, il peut exercer, en fait, cette direction. Dans les provinces. c'est le gouverneur qui est substitué au prince. Cette attribution devient même inhérente à la qualité de gouverneur : la désignation d'une personne à la ṣalāt et à la perception des impôts dans une province ( ارسله على صلاتها وخراجها ) devient synonyme de désignation au poste de gouverneur de cette province. Mais le prince ou le gouverneur délèguent souvent leur pouvoir en cette matière. Maḳrīzi nous apprend qu'à partir de l'année 242/856, les gouverneurs d'Egypte ne président plus la ṣalāt mais y affectent spécialement un imām fonctionnaire rétribué sur le trésor public[2]. Dorénavant, la fonction dans les mosquées publiques est confié à un organisme distinct. Les recueils encyclopédiques rapportent le texte de modèles de diplômes de nomination à la fonction de la ṣalāt.

L'organisme ainsi créé comportait une hiérarchie. Sous les Abdassides, un titulaire supérieur pour la ṣalāt était désigné pour toute l'étendue de l'empire ; il avait pouvoir de se substituer des délégués dans toutes les provinces et dans les lieux où l'institution d'un imām était nécessaire. Les recueils encyclopédiques rapportent maints diplômes de nomination de ce genre. Cette nomination comportait pouvoir de désigner non seulement des vicaires mais aussi tous les

(1) Il s'agit plus spécialement de la direction de la prière du vendredi ( cf. Ibn Baškuwāl, 306 ). D'après une autre opinion, la désignation de l'imām dans ces mosquées est d'obligation stricte ( Ibn Ḫaldūn, 219 ). (2) Maḳrīzi, IV, 83.

autres préposés au service du culte, comme les *mu'addin*, les *mukabbir*, ainsi qu'à celui de l'administration même des mosquées[1].

Mais, de bonne heure, la fonction de la direction de la ṣalāt fut aussi attribuée aux magistrats. La doctrine admet le principe que le calife peut déléguer cette fonction à un juge. En fait, les exemples abondent de délégations de ce genre, à toutes les périodes de l'histoire islamique et dans les milieux les plus divers[2]

A certaines époques même, comme au cours de la période fatimite, la direction de la ṣalāt était devenue une des attributions ordinaires des ḳāḍi al-ḳuḍāt[3].

Par ailleurs, dans toutes les occasions où des prières doivent être dites, comme dans les cérémonies funéraires, le magistrat est le premier qualifié pour cela. Les chroniqueurs, lorsqu'ils relatent la mort d'un haut personnage, spécifient souvent que ce fut tel ḳāḍi qui, aux obsèques, récita la prière rituelle[4]. C'était une marque de grand honneur pour la mémoire du défunt, en même temps qu'un signe de haut rang, lorsque c'était un kāḍi al-kuḍāt qui récitait la prière à ses obsèques[5].

Le document qui démontre le mieux cette compétence des magistrats est un texte de Ibn Ḥaǧar qui raconte, à propos de Bakkār, ḳāḍi d'Egypte sous la principauté de Ibn Tūlūn, que lorsque ce prince assistait à un enterrement, il récitait lui-même la ṣalat rituelle, sauf lorsque Bakkār participait à la cérémonie, auquel cas ce magistrat avait le pas sur le prince lui-même[6]. Rappelons que les juges dirigent aussi la prière de l'*istisḳā*'[7] ; ils constatent « l'apparition du croissant de la nouvelle lune ( *irtiḳāb al-ahilla* ), au début et à la fin du jeûne du mois de ramaḍān[8] ».

**La hutba** — De la ṣalāt, il faut rapprocher la *ḫutba* ou *ḫiṭāba*,

(1) Ḳalḳ., X, 254. Après l'extinction de la dynastie fatimite, la ṣalāt, fonction distincte, pourvue d'un titulaire spécial, semble être disparue ( Ḳalḳ., V, 452 ).
(2) Abū Al-Maḥāsin, I, 268 ; Ḫušāni, 16 ; Ibn Ḫaldūn, 219 ; Maḳari, I, 305 ; *Wulāt*, 592, 596 ; Ibn Baškuwāl, 35, 602, 623 ; *Takmila*, I, 230 ; II, 574 ; Maḳrīzi, IV, 53 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 59 ; Kutubi, II, 174. (3) Ḳalḳ., IV, 35. (4) Ṣābi' 424 ; Yāḳūt, V, 49. (5) *Wulāt*, 299 ; Abū Al-Maḥāsin, III, 44. (6) *Wulāt*, 509. (7) V. *supra*, 101. Un kāḍi de Grenade, au début du VIe s. h., qui dirige la prière de l'istiskā' ( Zubayr, 24 ). (8) Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 136.

qui est le préliminaire obligatoire de la prière du vendredi et des *ṣalawāt al-nadb al-masnūna*. Elle ne consiste pas, à proprement parler, en une prédication, comme porterait à le croire la traduction littérale du mot, mais en des « invocations par lesquelles on appelle les bénédictions divines sur le souverain du pays, sur les princes et tous les musulmans ». C'est le *Domine, salvum fac* musulman. Elle présente, encore beaucoup plus que cette prière, « un caractère de manifestation de loyalisme ». « Dans l'histoire de l'Islam, le privilège de la *sikka*, de la monnaie, ensuite, le droit à la *ḫuṭba*, ont toujours été considérés comme les symboles extérieurs de l'indépendance et de la souveraineté politiques. Supprimer la mention du prince dans la ḫuṭba équivalait pour lui à une déclaration de déchéance. Là réside tout le secret de l'importance que les divers régimes musulmans n'ont cessé d'y attacher[1] ».

En raison de l'importance de l'institution, la ḫuṭba finit, elle aussi, par être érigée en une fonction publique distincte. A l'époque mamlūk, dans la nomenclature des huit catégories de fonctions de caractère religieux, la fonction de ḫaṭīb dans certaines grandes mosquées, occupe le cinquième rang, comme l'indique Ḳalḳašandi[2]. Le même auteur rapporte le texte de nombreux diplômes de nomination au poste de la ḫuṭba dans diverses mosquées et à diverses périodes de l'histoire musulmane[3]. 'Umari indique le texte qui sert de modèle aux diplômes de ce genre[4].

Mais, comme la prière, la ḫuṭba fut souvent attribuée à des magistrats et, dans la plupart des cas, ces deux attributions leur étaient dévolues concurremment. Ainsi, dans presque tous les exemples que nous avons cités au sujet de la compétence de kāḍi en matière de ṣalāt, le droit à la ḫuṭba s'y trouve. Parfois cependant, la ḫuṭba, seule est confiée au ḳāḍi[5].

Confier la ḫuṭba soit à des fonctionnaires spéciaux, soit à des magistrats, les uns et les autres dépendant étroitement du souverain, c'était encore pour celui-ci le meilleur moyen de s'assurer l'accomplissement fidèle de ce rite, portant manifestation extérieure « de son indépendence et de sa souveraineté ».

(1) Lammens, *Islam*, 115 ; *adde E. I.*, V° *Ḫuṭba*. (2) Ḳalḳ., IX, 256 et ss.
(3) Ḳalḳ., XII, 70, 73, 74, 345 ; *adde* Maḳrīzi, IV, 107. (4) 'Umari, 126.
(5) Cf. encore sur des cas de magistrats titulaires de la ḫuṭba : *Takmila*, II, 574 ; Ḳalḳ., XII, 73 ; Makrīzi, IV, 87 ; Quatremère, *Maml.*, II, 2e part. 25, 98.

**Le adan** consiste dans l'appel à la prière[1].

La personne préposée dans les mosquées à faire cet appel porte le nom de *mu'addin*. Comme la ṣalāt, les ādān a aussi été érigé en fonction publique distincte. Dans les mosquées publiques, le mu'addin est un fonctionnaire nommé par l'autorité.

Les kāḍi ont aussi parfois exercé eux-mêmes cette fonction[2].

Mais ordinairement, la compétence qui était reconnue, en cette matière, aux ḳāḍi, consistait dans la direction du service, son exercice effectif étant assuré par des agents subalternes.

Mais, indépendamment de toute investiture expresse, le ādān peut rentrer dans les attributions des juges, à deux titres différents. D'une part, la doctrine admet que la direction du service du ādān, comportant pouvoir de nomination et de contrôle des mu'addin, rentre de plein droit dans la *imāma* ou *wilāyat al-ṣalāt*, sauf disposition contraire dans l'acte de nomination[3]. Toute personne, donc, nommée comme directeur de la prière dans une mosquée acquiert par le fait même compétence en matière de ādān. Les diplômes de *wilāyat al-ṣalāt* prennent même parfois le soin de spécifier cette compétence[4]. Il faut en déduire, en ce qui concerne les magistrats, que toutes les fois qu'ils étaient préposés à la prière dans une ou plusieurs mosquées déterminées, cette compétence s'étendait naturellement au service du ādān. D'autre part, nous verrons bientôt que le pouvoir, souvent reconnu aux juges, en matière d'administration des mosquées, impliquait pouvoir de gestion du service du ādān.

**La da'wa** — C'est une fonction religieuse de nature assez particulière, qui fut, pendant une certaine période de l'histoire musulmane, attribuée aux magistrats. Suivant les doctrines dissidentes des Ismaïliens, des Karmates et des Druzes, le *dā'i* (الداعي) — celui qui exerce la *da'wa* (دعوة) — est une sorte de missionnaire, de prosélyte[5]. Or, sous la dynastie des Fatimites, qui étaient des Ismaïliens, cette profession fut érigée en fonction publique, de très haute importance et comportant une hiérarchie organisée. Il y eut un dā'i en chef, appelé *dā'i al-du'āt* (داعي الدعاة) qui venait, dans l'ordre des préséances,

(1) Cf. *E. I.*, V° *Adhan* ; Makrīzi, IV, 43 et ss.
(2) Ibn Baškuwāl, 602.
(3) Māwardi, 97.
(4) Ḳalk., X, 257.
(5) Cf. *E. I.*, V° *Dā'i*.

immédiatement après le ḳāḍi al-ḳuḍāt. Il portait le même costume que celui-ci et il était installé dans un immeuble affecté spécialement à son service ; c'était le *dār al-'ilm* ( دار العلم ). L'autorité du dā'i al-du'āt s'étendait sur tout le royaume, et, en conséquence, il avait, comme le grand juge, des vicaires dans toutes les provinces[1].

Cependant, la fonction judiciaire ne devait pas tarder à exercer à son propre profit une attraction très forte sur les attributions de la da'wa.

En fait, l'historien Maḳrīzi rapporte que, dans l'Etat fatimite, souvent le ḳāḍi al-ḳuḍāt cumulait avec ses fonctions le titre et les attributions du dā'i al-du'āt[2]. Ibn Ḫaldūn confirme cette pratique : « Les califes fatimites nommaient souvent leurs ḳāḍi al-ḳuḍāt aux fonctions de dā'i al-du'āt[3] ». Le premier grand juge qui ait exercé ces fonctions est Ḥusayn ibn Ḥayyūn, sous le califat de Ḥākim[4]. Sous le califat de Mustanṣir, le ministre Bāzūri cumule avec ses fonctions propres celles de ḳāḍi al-ḳuḍāt et de dā'i al-du'āt[5].

**L'administration des mosquées, ( nazar al-jawami' wal-masajid )** — On distingue entre les mosquées fréquentées habituellement par un grand nombre de personnes, où s'accomplissent les cérémonies publiques du culte et qu'on pourrait appeler les mosquées publiques, et les mosquées particulières à un quartier déterminé ou à un groupement spécial de personnes. L'administration de cette dernière catégorie de mosquées est laissée aux soins des habitants du quartier ou des personnes faisant partie du groupement auquel elles sont affectées ; tandis que l'administration des mosquées publiques relève de l'autorité[6]. En théorie, c'est le prince qui doit exercer lui-même l'administration intérieure de ces mosquées ; mais on admet, et la pratique s'est établie en ce sens, que le prince délègue ses pouvoirs en cette matière. Il s'est produit sur ce point le même phénomène que celui que nous avons décrit au sujet de la ṣalāt et de la ḫuṭba. Une fonction distincte a pris de bonne heure naissance, ayant pour objet l'exercice de tous les actes nécessaires pour l'administration des mosquées publiques. Cette fonction s'appelle *imāmaṭ al-masǧid*

(1) Makrīzi, II, 226 ; Ḳalḳ., III, 487 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 56. (2) Makrīzi, II, 246. (3) Ibn Ḫaldūn, *eod. loc.* (4) Ibn Ḫaldūn, IV, 69 ; *Wulāt*, 597. (5) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 116. Après l'extinction de la dynastie fatimite, en 567/1171, la fonction disparaît ( Ḳalḳ., V, 452 ). (6) Ibn Ḫaldūn, 219.

(امامة المسجد). Son titulaire est le *imām al-masǧid* ; et il est désigné par un acte de nomination émanant de l'autorité supérieure. Les recueils encyclopédique rapportent un grand nombre de documents de ce genre. Souvent, aussi, la désignation à la fonction de la direction de la prière implique pouvoir d'administration de la mosquée[1]. Nous verrons tout à l'heure dans quelle mesure la réciproque est vraie.

La nomination d'un imām peut se faire, soit pour un ensemble de mosquées publiques, comme les mosquées d'une ville ou d'une région ou, même de tout le royaume, soit pour une mosquée déterminée. Les exemples de nomination de ce deuxième genre sont plus rares. Ḳalḳašandi en rapporte, cependant, quelques-uns, comme le texte d'un diplôme de nomination d'un imām à l'administration de la mosquée des Umayyades, à Damas[2].

Le titulaire de ces fonctions peut être une personne spécialement et exclusivement affectée à ce service ; mais il peut être aussi, ce qui semble être le cas le plus général, déjà pourvu d'une autre fonction publique. Ainsi, Ibn Ḫaldūn indique que le calife peut désigner à cet effet un ministre — wazīr — ou même un sultan ; et de fait la plupart des diplômes d'investiture de ministre, de vice-rois ou de sultans contiennent délégation de pouvoir pour l'administration des mosquées. Dans ces cas, la désignation est plus théorique que pratique, car les personnages ainsi désignés délèguent à leur tour leurs pouvoirs.

Aux mosquées proprement dites, il y a lieu d'assimiler les sanctuaires ou mosquées funéraires dites *mašāhid*, lieux de vénération de saints personnages[3]. Or, beaucoup de diplômes de nomination de juges leurs accordent également compétence aussi bien en matière d'administration des mosquées ordinaires que des mašāhid. D'une façon plus générale, Maḳrīzi nous apprend, que sous les Fatimites, il était de pratique constante d'attribuer au ḳāḍi al-ḳuḍāt l'administration supérieure de ces deux sortes de lieux du culte[4].

Les pouvoirs d'administration des mosquées sont assez étendus. Ils impliquent, en premier lieu, compétence pour l'exercice de tous les actes du culte. L'imām d'une mosquée est en même temps le ti-

(1) Un diplôme en ce sens : Ḳalḳ., X, 254. (2) Ḳalḳ., XII, 254.
(3) Cf. *E. I.*, V° *Masdjid*. (4) Makrīzi, IV, 83.

tulaire de la ṣalāt, de la ḫuṭba, du ādān. Il a naturellement pouvoir de déléguer ces attributions : il nomme des imāms de la ṣalāt, des ḫaṭīb, des mu'addin ; il exerce sur eux tous le pouvoir disciplinaire et peut, le cas échéant, les révoquer.

D'une façon générale, tout ce qui touche à l'exercice du culte dans les mosquées et à leur administration relève de l'autorité du ḳāḍi du lieu et il peut prendre à cet égard toutes les mesures qui lui semblent appropriées. Un ḳāḍi d'Egypte, du début de IIIe s. h., Ḥāriṯ, fait une enquête sur l'état des exemplaires du Coran qui se trouvent dans une mosquée et désigne un préposé à la garde de ces livres ; il prohibe de chanter les versets du Coran dans la mosquée. Ce magistrat se reconnaissait même le droit d'interdire aux adhérents des madhab qui n'étaient pas le sien de se tenir dans la mosquée, pour donner l'enseignement ou des consultations, ce qu'il fit avec les ḥanafites et les šāfi'ites, en ordonnant que fussent enlevées de la mosquée les nattes sur lesquelles ils s'asseyaient[1].

Le ḳāḍi assure l'administration matérielle de la mosquée. Il veille au bon état de la construction, fait procéder à l'édification des nouvelles pièces nécessaires, fait exécuter tous les travaux de réparation ou de transformation, prend soin de la propreté des locaux et du mobilier, etc.[2]. Il nomme tous les fonctionnaires subalternes, chargés du service matériel et exerce sur eux le plus large pouvoir disciplinaire[3].

Comme aux mosquées sont généralement affectés des biens waḳf dont les revenus sont destinés à leur entretien, c'est naturellement le magistrat qui a la gestion de ces biens. Ainsi, c'est lui qui loue les boutiques ou maisons qui dépendent des waḳf ; il a la garde de tous les revenus qu'il perçoit et sur eux il paie les traitements des fonctionnaires attachés au service de la mosquée.

La compétence des magistrats en matière d'administration des mosquées semble, même, tout au moins aux origines, avoir été inhérente à leurs fonctions. La nécessité d'une attribution expresse ne semble être apparue que plus tard. On trouve de nombreux documents des deuxième et troisième siècles h. qui représentent des magistrats s'occupant, en cette seule qualité, de tout ce qui concerne

(1) *Wulāt*, 469. (2) Makrīzi, IV, 10, 11, 13. (3) Ḳalk., X, 287.

l'administration des mosquées. Kindi rapporte, à cet égard, que, vers la fin du IIe s. h., une des mosquées du Caire, ayant commencé à menacer ruine, ce fut au ḳāḍi 'Umari que les habitants demandèrent l'autorisation d'y faire exécuter les réparations fondamentales nécessaires ; et cette autorisation, le magistrat ne la délivra qu'après avoir procédé à une enquête sur l'état réel de la mosquée. Le résultat de l'enquête s'étant révélé conforme aux allégations des habitants, ce fut sous forme d'ordonnance écrite que l'autorisation fut donnée. Et, lorsque les travaux de réparation furent achevés, le magistrat désigna un homme de confiance, comme « préposé à l'administration de « la mosquée » ainsi remise à neuf, « à la location des boutiques qui « en dépendaient, ayant pouvoir d'engager toutes les dépenses néces- « saires à son entretien et de distribuer le reliquat des revenus en « aumônes ». De tout cela, un procès-verbal fut dressé à la date du mois de ṣafar 188/393 en treize exemplaires, dont douze furent remis à des notables de la ville et le treizième déposé aux archives du tribunal[1]. Nous avons vu aussi un autre ḳāḍi d'Egypte, al-Ḥāriṯ, exercer un large pouvoir d'administration des mosquées dans la ville du Caire[2]. Or, les chroniqueurs qui rapportent tous ces événements et, notamment, Kindi, lequel, généralement, prend soin d'indiquer les attributions supplémentaires qui sont dévolues aux magistrats par une concession expresse de l'autorité supérieure, ne mentionnent pas que les ḳaḍi 'Umari, Ḥāriṯ, ainsi que d'autres, qui sont cités comme ayant administré des mosquées, eussent reçu une attribution expresse de compétence à cet effet.

Plus tard, aux cinquième et sixième siècles h., époques où le pouvoir exécutif supérieur avait déjà mis la main sur l'administration des biens publics du culte, cette administration rentrait souvent de plein droit dans la compétence des magistrats supérieurs. Ainsi, suivant le témoignage précité de Maḳrīzi, sous les Fatimites, l'administration des mosquées et mašāhid était du ressort du ḳāḍi al-ḳuḍāt[3]. Le principe est maintenu sous les Mamluks[4].

Mais, d'une façon générale, la pratique s'était établie en ce sens que la compétence d'un ḳāḍi en cette matière requérait une attribution expresse de l'autorité supérieure. C'est ce qui résulte du texte de Māwardi relatif à la nomenclature des pouvoirs ordinaires des magistrats dans laquelle ne figure pas l'administration des mosquées.

(1) *Wulāt*, 407. (5) V, *supra*, 395. (3) V. *supra*, 82 et 83, n. 3. (4) Ḳalḳ , IV, 191.

Les divers exemples de diplômes de nomination délivrés à cet effet à des magistrats ou les modèles de diplômes de ce genre ainsi que divers autres textes confirment ce point de vue[1].

**La conduite du hagg** — Les magistrats se virent aussi parfois attribuer la conduite du pèlerinage, qui constitue une des fonctions religieuses publiques, reconnues par le droit public musulman (الولاية على الحج)[2]. Au VII^e s. h., la direction du pèlerinage rentrait de plein droit dans la compétence du ḳāḍi al-ḳuḍāt[3].

## §. 7. — L'enseignement

L'enseignement de la loi en Islam comprend toutes les sciences théologico-juridiques (العلوم الشرعية) lesquelles rentrent sous la dénomination générale de *fiḳh*, « littéralement, la sagesse, qui correspond ainsi à la (*juris*) *prudentia* des Romains. Comme chez ces derniers, le fiḳh est *rerum divinarum atque humanarum notitia*, la connaissance et la définition des institutions et des lois divines et humaines[4] ».

(1) Cf. *supra*, 394 n. 2 ; *Wulāt*, 585. (2) Māwardi, 103 ; Makrīzi, IV, 11 ; Suyūṭi, *Ḫulafa*, 166. (3) Il faut aussi faire rentrer dans les attributions de caractère religieux des kāḍi, non sans doute comme un chef distinct et autonome, mais comme une application de leur compétence générale, en conséquence de leur caractère religieux, les diverses fonctions que nous avons indiquées *supra*, 115 s. Il faut ajouter, à ce même point de vue, que c'est aux magistrats qu'il est fait naturellement appel lorsqu'il s'agit d'examiner l'orthodoxie d'idées ou croyances religieuses nouvellement soutenues, de pratiques nouvelles, et, le cas échéant, d'en prononcer la condamnation. La doctrine de Ḥallāǧ, accusé d'hérésie, est soumise à l'examen d'un conseil de fuḳaha, dont fait partie le kāḍi de Bagdad, Abū-ʿUmar ; mais c'est à ce magistrat seul que revient le droit de prononcer la déclaration de légitimité de mise à mort de l'hérésiarque (*Ṣilat al-Ṭabari*, 82). — A la suite d'intrigues nouées contre le célèbre écrivain et homme d'Etat andolou, Ibn Al-Ḫaṭīb, ses ennemis, n'ayant trouvé de mieux, pour provoquer sa perte, que de l'accuser de corrompre la pureté de la religion, obtinrent une sentence dans ce sens du kāḍi du royaume, (Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, *adde* un cas analogue : Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 280). — Les kāḍi veillent sur la pureté des ḥadīṯ et ils usent à cet effet de sanctions répressives : au début du IV^e s. h., le kāḍi de Bagdad Ismāʿīl ibn Isḥāk met en prison un muḥaddiṯ convaincu d'infidélité dans la transmission de certains ḥadīṯ. Ils veillent sur l'observation de la pratique orthodoxe de la lecture du texte du livre sacré. En l'an 404 h., le calife fatimite Ḥākim ayant interdit la pratique de l'astrologie et les chants profanes, les chansonniers et les astrologues furent poursuivis devant le magistrat. (Ibn Ḫallikān, II, 166). (4) Lammens, *Islam*, 92.

Le fiḳh comporte notamment l'étude, en premier lieu, du Coran, et, en second lieu, des ḥadīṯ, — cette double source interprétée par le raisonnement, dans certaines limites déterminées, — et du *iǧmāʿ* ou *consensus* général.

Cet enseignement est donc de nature essentiellement religieuse. Aussi, a-t-il toujours revêtu ce caractère. C'est pourquoi, il a aussi toujours été donné dans les mosquées et a continué à y être donné même lorsque des écoles ou madrasa spéciales furent fondées. Les premiers maîtres, en Islam, à part le Prophète et ses Compagnons, ont été des *ḳuṣṣās*, dont la profession consistait à répandre la connaissance des traditions religieuses et des prescriptions légales, en invitant leurs auditeurs à y conformer leur conduite de vie[1]. Dans le classement des diverses fonctions publiques, l'enseignement est rangé dans la catégorie des fonctions religieuses[2].

Interprètes de la loi, ayant leur siège dans les mosquées, administrateurs de ces mosquées, détenteurs d'une fonction de caractère religieux, les ḳāḍi se sont trouvés naturellement qualifiés pour exercer l'enseignement de la loi et de toutes les sciences qui s'y rattachent[3].

Il y a lieu de distinguer entre l'enseignement libre et l'enseignement public. L'enseignement libre, de tout temps, les ḳāḍi ont pu l'exercer, sans aucune entrave. De nombreux textes, qui relatent la vie de certains magistrats, indiquent qu'en dehors de leur fonction judiciaire, ils donnaient l'enseignement de la loi, sans qu'une attribution officielle leur fût concédée à cet égard[4]. Ce qui nous intéresse, dans la présente étude, c'est de déterminer la mesure dans laquelle les ḳāḍi ont exercé l'enseignement, érigé en fonction publique, ou simplement l'enseignement libre mais avec la consécration d'une autorisation du pouvoir supérieur.

(1) V. *supra*, 388. (2) Ḳalk., IV, 193 ; XII, 6. (3) Cependant, l'activité des magistrats en matière d'enseignement, ne se restreignait pas nécessairement à l'enseignement théologico-juridique. La chronique cite le cas de nombreux kāḍi qui enseignaient les diverses disciplines littéraires, grammaire, littérature, poétique, voire même, l'arithmétique ( Ibn Al-Ḫaṭīb, VII, 342 ; Zubayr, 149 ). Aussi bien, ces disciplines étaient considérées comme des accessoires de l'enseignement juridique, ( cf. *E. I.*, V° *Masdjid*, 400 et ss. ). (4) Ibn Ḫaldūn, I, 182, 534, 598 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, I, 187 ; *Takmila*, I, 278, II, 588.

Un des cas les plus anciens, à notre connaissance, de magistrats ayant exercé l'enseignement public est celui de Ga'ṯal ibn 'Ahān, que le calife umayyade 'Umar ibn 'Abd al-'Azīz aurait envoyé d'Egypte au Maǧreb pour l'enseignement du Coran et qui fut par la suite nommé ḳāḍi de la province de Ifrīḳya[1]. D'après Maḳrīzi, Tawba ibn Nimr, ḳāḍi d'Egypte, fut désigné par le gouverneur de cette province Ḥakam, frère du même calife 'Umar, pour la lecture et l'enseignemeut du Coran à la mosquée de 'Umar, au Caire, et il lui fut alloué, pour cela, un traitement de trois dinars par mois[2]. Peu de temps après l'achèvement de la construction de la mosquée Azhar, au Caire, en 351/972, le ḳāḍi du royaume fatimite, 'Ali ibn Ḥayyūn, y entreprit l'enseignement de la loi, selon la doctrine ismaïlienne[3].

Lorsque des écoles ou madrasa commencent à être fondées, vers la fin du IIIe s. h., les premiers appelés pour y donner l'enseignement sont des magistrats, sans préjudice de l'exercice de cette même profession dans les mosquées. Le calife fatimite Ḥākim confie la direction de l'enseignement, dans une école qu'il fonde, à son kāḍi 'Abd Al-'Azīz ibn Ḥayyūn. Les kāḍi al-kuḍāt sont ceux qui sont le plus couramment désignés comme professeurs. S'il existe plusieurs grands juges, chacun d'eux sera titulaire d'un enseignement suivant les principes de son école. Ainsi, au Caire, dans la madrasa Nāṣiryya, fondée vers la fin du VIIe s. h., ce sont les trois ḳāḍi al-kuḍāt, ḥanafite, malékite et ḥanbalite qui sont désignés pour l'enseignement de la doctrine de leurs maḏhab respectifs[4]. Le sultan Baybars nomme comme professeurs dans la mosquée Ḥākim les kāḍi al-kuḍāt des quatre maḏhab[5]. Dans la mosquée Faḫri, fondée en 821/1432, l'enseignement est confié aux kāḍi al-kuḍāt des trois maḏhab šāfi'ite, ḥanafite et malékite[6]. Dans la plupart des cas, surtout s'il s'agit de kāḍi al-kuḍāt, leur nomination à l'enseignement ne se fait pas par une décision distincte mais dans le corps même du diplôme de nomination à leur poste de magistrature[7].

Au demeurant, l'attribution de compétence en matière d'enseignement ne constituait pas une faveur accidentelle, spéciale à cer-

(1) Suyūṭi, *Ḥusn*, I, 131. — Le texte n'est pas absolument probant car il n'en ressort pas assez nettement que Ǧa'ṯal ait exercé cumulativement ses fonctions judiciaires et l'enseignement. (Cf. *E. I.*, V° *Masdjid*, 400 et ss.). (2) Makrīzi, IV, 18.
(3) *E. I.*, *eod. loc.* (4) Sur ces différents cas, cf. *E. I.*, *eod. loc.*
(5) Makrīzi, IV, 57. (6) Makrīzi, IV, 136 ; Ḳalk., XII, 80, 353 ; Ibn Ḫallikān, I, 599. (7) Ḳalk., XII, 41, 49.

tains magistrats déterminés, mais plutôt l'application d'une coutume préétablie : ils sont chargés de l'exercice de l'enseignement « à l'instar de leurs prédécesseurs ». Ḳalḳašandi rapporte encore, à cet égard, que depuis la fondation de l'école al-Manṣūryya, au Caire, c'était toujours les grands juges qui y donnaient l'enseignement et que ce ne fut qu'au temps où il rédigeait sa chronique que cet état de choses cessa.

L'autorité des kāḍi al-kuḍāt s'étend non point seulement à une mosquée ou à une madrasa particulière mais à tous les lieux où se donne l'enseignement, dans toute l'étendue du ressort de ces hauts magistrats. Ils ont pouvoir à cet effet de déléguer des vicaires. Les grands juges se trouvent ainsi investis de la direction générale de l'enseignement théologico-juridique dans leur ressort. Les divers textes précités de Maḳrīzi confirment cet état de choses, notamment, le passage relatif à la madrasa Manṣūryya.

D'où il suit que de simples kāḍi sont couramment nommés comme professeurs[1].

Cette compétence des magistrats, en matière d'enseignement, semble être générale dans le monde musulman[2].

Les pouvoirs du kāḍi, comme de tout autre préposé à l'enseignement, comportaient, dans plusieurs cas, en plus de l'exercice de l'enseignement même, la direction générale de la madrasa (نظر المدرسة)[3] qui, en soi, constituait une fonction distincte. Cette direction impliquait aussi le pouvoir d'administration des biens wakf affectés à l'établissement[4].

La désignation d'un kāḍi à l'enseignement dans une madrasa ou une mosquée était assortie d'un traitement spécial qui venait s'ajouter au traitement affecté aux fonctions judiciaires[5].

La question de la rétribution de l'enseignement, en général, a fait difficulté en doctrine, tout comme celle de la rétribution des fonctions judiciaires[5]. Etant donné le caractère essentiellement reli-

(1) Ḳalk., X, 292 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, I, 187 ; XII, 343, 350, 355, 363, 365, 367, 374, 377, 441, 44. (2) Cf. pour le Maġreb et l'Espagne : *Takmila*, I, 278, II, 574, 588. (3) Ḳalk., XII, 354. (4) Ḳalk., X, 292. (5) Comme preuve de ce cumul, *cf.* un texte formel de Makrīzi, III, 364.

gieux des principales matières d'enseignement, Coran, ḥadīṯ, loi, un fort courant s'est établi dans le sens de la gratuité. Des traditions nombreuses, relatives à des personnages de l'Islam primitif, sont entrées en circulation, proclamant le caractère gratuit de l'enseignement[1]. L'enseignement donné gratuitement est représenté comme une action agréable à Dieu, pour laquelle une récompense céleste est réservée[2].

Mais la pression des faits devait refouler ce courant. Contrairement aux traditions auxquelles on vient de faire allusion, d'autres traditions sont rapportées, où la rémunération de l'enseignement est représentée comme licite[3] ; et la doctrine finit par consacrer cette dernière opinion en argumentant par *istiḥsān*, ou les nécessités de la vie pratique[4]. Il est certain, en tout cas, que lorsque l'autorité érigea l'enseignement en fonction publique, elle l'assortit d'une rémunération.

La détermination de la nature juridique de la rémunération, qu'il s'agisse d'enseignement libre ou d'enseignement public, a donné lieu, dans la doctrine, à des hésitations et à de longues discussions. Cependant tous les auteurs sont d'accord pour ne pas considérer cette rémunération exactement comme un salaire dû pour un louage de services, parce que, dit l'un d'eux, sans plus ample justification, « les conditions du louage font défaut » dans le contrat en vertu duquel le maître donne son enseignement à l'élève[5]. D'après certains auteurs, la rémunération allouée pour l'enseignement participe tout à la fois du salaire, de la donation, et de l'aumône. Mais la doctrine, en général, ne s'est pas arrêtée à ces vagues explications. La meilleure formule proposée semble avoir été celle de Ibn Nuǧaym. « Ce que touchent les jurisconsultes, dit-il, constitue un secours qui leur est alloué en compensation de la perte de temps qu'ils s'imposent pour se consacrer à l'enseignement au profit d'autrui : اعانةً لهم على حبس انفسهم للاشتغال[6]. La rémunération apparaît donc comme une *indemnité*.

(1) Ibn Sa'd, VI, 212 ; Amīn, *Ḍuḥa*. II, 51, 68. (2) Amīn, *op. cit.*, 68. (3) Amīn, *op. cit*, 51. (4) Ibn Nuǧaym, V, 228. Le *istiḥsān* الاستحسان est ce procédé de raisonnement juridique qui permet de légitimer un état de fait contraire aux principes théoriques mais conforme à l'utilité sociale ( Cf. Tyan, *op. cit.*, in *Studia islam*,, 1959, 79 s.). (5) Ibn Nuǧaym, V, 219. (6) Ibn Nuǧaym, V, 219.

Dans le langage courant, cette indemnité porte le nom de *ma'lūm* ( معلوم ) ; étymologiquement : quelque chose de déterminé[1] ( pl. *ma'ālim*[2] ). Durant la période mamluk, un autre terme entre en circulation, celui de *ǧāmikyya* ( جامكية ) ( pl. : *ǧawamik*[3] ) ou le terme de *marsūm*[4]. Cependant, on emploie parfois le terme de salaire ( اجرة ), entendu dans un sens large[5].

La rémunération consistait principalement en argent, mais on y ajoutait souvent des rétributions en nature : de la farine, un service d'eau, ainsi que quelques gratifications à l'occasion de certaines solennités. Il faut, aussi, prendre en considération que le logement dans les bâtiments de la madrasa était fourni gratuitement aux professeurs qui y étaient attachés.

Il semble que ces rétributions en nature soient peu à peu tombées en désuétude : Maḳrīzi note, pour quelques madrasa, que de son temps les professeurs ne touchaient comme rétribution fixe que leur traitement en argent[6]. Mais c'était de coutume de distribuer aux professeurs, comme d'ailleurs à d'autres fonctionnaires, à l'occasion de certaines grandes fêtes, comme le Sacrifice, le Fiṭr, des aliments, des pâtisseries ; et, pendant le mois de ramaḍān, ils recevaient leur nourriture journalière[7].

Sur quoi étaient payés les traitements des professeurs ? Il ne

(1) Ibn Nuǧaym, V, 217. — Mais ce terme s'applique aussi au traitement des fonctionnaires, en général : Maḳrīzi, III, 364, IV, 110, 116 ; Ḳalḳ., XII, 480.
(2) Maḳrīzi, IV, 222, 223. (3) Maḳrīzi, IV, 126. C'est un mot d'origine persane qui, dans son sens originaire, désignait la somme d'argent allouée pour garnir la garde-robe et qui a fini par désigner la paye, le traitement ( cf. Dozy, *Supplément*, V° جامكية ). Il s'applique aussi au traitement des fonctionnaires, en général ( Maḳrīzi, IV· 124 ; Ḳalḳ., XIII, 100 ). (4) Ibn Nuǧaym, V, 230. (5) Maḳrīzi, IV, 217. Le montant du traitement était très variable. Au Caire, un professeur à la madrasa Suyūfyya recevait onze dinars par mois, le directeur de la Nāṣiryya touchait quarante dinars, comme professeur, et dix dinars, pour la direction, plus soixante rotols de pain ; deux bêtes de somme étaient mises à disposition, qui lui servaient à se « faire porter de l'eau du Nil ». Les professeurs de la madrasa de l'émir Gamāl al-dīn avaient un traitement mensuel de trois cents dirhems. ( Sur tous ces cas, cf. *E. I. eod loc.* ). Les professeurs d'une autre école du même nom recevaient chaque mois, en plus de leur traitement en argent, une certaine quantité de sucre ( Maḳrīzi, IV, 222 ). (6) Maḳrīzi, IV, 222 et 223. (7) *Ibid.* ; cf. III, 364. — La question est controversée en doctrine du point de savoir si en cas d'empêchement — maladie, pèlerinage — le traitement doit continuer à courir ( Ibn Nuǧaym, V, 229 ).

semble pas qu'ils fussent supportés par le budget de l'Etat[1]. Ils étaient principalement alimentés par les revenus des waḳf affectés à chaque madrasa ou mosquée. C'est pourquoi toute fondation d'un établissement de ce genre comportait l'affectation de certains biens, constitués en waḳf et destinés à subvenir à son entretien, ainsi qu'à l'entretien du personnel qui y était attaché, dont le personnel enseignant[2]. Même, lorsqu'une chaire d'enseignement était créée dans une mosquée, une fondation spéciale de waḳf lui était généralement affectée[3]. Mais les gratifications étaient certainement payées par le prince[4].

---

## Section III. — Les attributions extraordinaires

A côté des attributions qui, conformément à leur nature, ont été dévolues, d'une façon soit habituelle soit accidentelle, aux magistrats, il a existé, dans l'histoire du droit public musulman, toute une série d'autres attributions très diverses, qui ont été exercées par eux. Au point de vue de leur nature intrinsèque, ces attributions apparaissent comme étrangères à la fonction judiciaire, même considérée dans sa notion la plus large. Cette fonction les a attirées à elle pour des motifs qui ne peuvent être ramenés à un facteur unique, mais sont aussi différents et nombreux presque que le sont les attributions elles-mêmes. Tantôt, ces motifs sont tirés de certaines caractéristiques de la fonction judiciaire, comme son caractère religieux, ou, même, de circonstances purement matérielles, comme le fait que le magistrat tient audience dans les mosquées, — ce qui explique l'extension de la compétence du ḳāḍi en matière de garde du *bayt al-māl*. Tantôt, les motifs procèdent de l'importance exorbitante que prit l'institution judiciaire, ce qui rendit naturel que l'on pensât à confier à son titulaire la fonction politique de la *wazāra*, ou la direc-

(1) Amīn, *op. cit.*, 51, 68.
(2) Maḳrīzi, IV, 196, 223.
(3) Maḳrīzi, IV, 20, 53.
(4) La nomination d'un professeur, tout au moins pour les grandes postes de la capitale, et sous les Mamluk, donnait souvent lieu à une cérémonie officielle d'investiture, en présence du sultan lui-même, lequel, à cette occasion, remettait une *ḫil'a* au nouveau titulaire (Maḳrīzi, IV, 137).

tion administrative de circonscription territoriale ou celle de certains services administratifs distincts, — autant de phénomènes qui se produisent, pour la plupart, au cours de la période mamluk.

Dans le même ordre d'idées, mais sur un plan encore plus étendu, la compétence judiciaire prend une extension telle, absorbe des telles attributions, qu'elle s'en trouve elle-même transformée dans sa nature intrinsèque. Aux diverses époques et dans les différents milieux où, par suite de certaines circonstances d'anarchie politique et sociale, les institutions de l'exécutif sont compromises la magistrature judiciaire, qui parvient, elle, à se maintenir, recueille les attributions que l'épuisement ou la disparition de ces institutions laisse en déshérence ; — phénomène qui se manifeste, en Espagne surtout, mais aussi dans d'autres parties du monde musulman et où les ḳāḍi deviennent de véritables chefs d'Etat. Dans ces divers cas, il ne s'agit plus d'une concession d'attributions faite par une autorité supérieure, mais d'un véritable accaparement de pouvoir, dû à l'initiative personnelle du magistrat[1].

## §. Ier — Le bayt al-mal ou trésor public ( بيت المال )

Il peut paraître de premier abord assez curieux que les magistrats judiciaires aient pu être préposés à la garde et à l'administration du trésor de l'Etat. Cependant, c'est là une des attributions qui ont été le plus anciennement reconnues aux ḳāḍi, comme nous le verrons bientôt. Les raisons qui motivèrent cette compétence sont d'ordre assez complexe ; et il semble qu'il faut en rechercher le principe dans les origines mêmes de la conquête arabo-musulmane ainsi que dans certaines caractéristiques particulières de la fonction judiciaire et dans d'autres circonstances accidentelles. Il paraît bien avoir été prouvé par les travaux d'orientalisme que deux préoccupations principales animaient les conquérants déferlant d'Arabie celles,

(1) La réceptivité qu'a manifestée naturellement la fonction judiciaire à des fonctions de caractère administratif est justiciable en bonne partie, nous semble-t-il, de l'origine même de cette fonction en Islam, telle que nous avons essayé de la dégager (*supra*, 83 s.). Si, à l'origine, le juge était en principe l'administrateur même de province, il pouvait bien par la suite paraître conforme à la tradition de confier au juge des fonctions administratives.

d'une part, d'affirmer leur puissance politique supérieure sur les territoires nouvellement conquis et, d'autre part, de tirer de ces pays le plus de ressources possible. Ces pays étaient, suivant l'expression d'un orientaliste, des domaines à exploiter[1]. Suivant l'expression d'un autre orientaliste, « l'organisation des pays conquis se « maintint dans les limites d'une occupation militaire pour l'exploi- « tation des indigènes... Le gouvernement des Arabes se borna aux « finances ; leur chancellerie fut une chambre des comptes[2] ». Les sommes que les conquérants amassaient provenaient principalement du butin ( *ġanīma, fay'* ) pris sur les populations conquises soit par la force des armes soit par la simple menace, — de l'impôt foncier auquel furent soumises ces populations à qui on laissa la propriété ou la simple jouissance de leurs biens immeubles, — de la *ǧizya*, impôt de capitation. Or, tous ces revenus avaient un caractère religieux très prononcé. Ils étaient autorisés et même commandés par le Livre saint ; d'autre part, ils étaient la récompense immédiate et tangible des efforts et des sacrifices consentis en vue de l'extension de la puissance et de la foi islamiques. Ils seront considérés alors comme la propriété des conquérants, pris en leur qualité de musulmans. Il devait sembler, en conséquence, tout naturel que, pour la garde de ces revenus, on fît parfois appel, parmi les rares fonctionnaires qui furent institués par les conquérants eux-mêmes, au magistrat judiciaire. Le caractère religieux de la fonction judiciaire s'était bien affermi vers la fin du Ier s., période vers laquelle on commence à lui confier la garde du *bayt al-māl*. Représentant et interprète par excellence de la loi religieuse ou, tout au moins, des us et coutumes des communautés arabo-musulmanes qui s'installaient et se développaient dans les pays conquis, le ḳāḍi était naturellement désigné pour veiller à la conservation des revenus recueillis par application de ces principes légaux. Aussi, verrons-nous au cours du développement des institutions publiques, que, tout au moins sous les Fatimites, la fonction du bayt al-māl sera rangée parmi les fonctions de nature religieuse, comme la justice, la ḥisba etc.[3]. Nous avons vu, d'autre part, que de très bonne heure, aussi, le ḳāḍi est apparu éminemment comme un personnage de confiance, particulièrement qualifié pour la garde de certains biens, appartenant, soit individuellement à des particuliers incapables, soit, à tout un groupe d'individus, non organisés pour la défense de leurs intérêts ( waḳf ). Cette caractéristique devait aussi lui ouvrir une vocation,

(1) Lammens. *Précis*, I, 62.
(2) Wellhausen, *in* Lammens, *op. cit.*, I, 63.
(3) Ḳalḳ., III, 486 et ss.

lui établir un titre, pour la garde des biens considérés comme appartenant à toute la communauté musulmane qui était encore à sa période originelle de constitution, à une époque où le nombre des fonctionnaires propres à cette communauté était encore relativement restreint. A ces motifs s'ajoute un troisième, également, sinon plus important. Il est démontré dans l'histoire de la civilisation musulmane que, tout au moins au cours de sa période primitive, les mosquées ne constituaient pas seulement des lieux de prière mais aussi des lieux de réunion où étaient discutées les affaires intéressant la nouvelle communauté[1]. Naturellement, différents services de l'Etat naissant y eurent leur siège. En particulier, « la caisse des finances, *bayt al-māl*, était conservée dans la mosquée ». La chronique relative à l'histoire d'Egypte rapporte qu'après que le trésor public eût été, pendant quelque temps, conservé dans une caisse ordinaire ( *tābūt* ), le préposé aux finances Usāma ibn Sa'īd construisit en 97/715 ou 99/717, à Fusṭāṭ, dans la mosquée de 'Umar, pour le *bayt al-māl* d'Egypte, une *ḳubba*, reposant sur des colonnes et placée devant le *minbar*[2]. Or, nous savons, par ailleurs, que la mosquée a servi aussi de bonne heure de prétoire au ḳāḍi[3]. Si le trésor public se trouvait dans la mosquée, le fonctionnaire préposé aux finances n'y avait pas, lui, son siège ; tandis que le magistrat, de par les nécessités de sa fonction, y avait le sien. Il n'est donc pas étonnant que ce fait ait contribué, dans une large mesure, à amener l'autorité supérieure à demander à ce magistrat de veiller lui-même à la garde du trésor. C'est ainsi que, suivant la chronique de Kindi, Ibn Ḥuǧayra, ḳāḍi d'Egypte au cours des années 70/689 - 83/702, avait été préposé par le gouverneur de la province, 'Abd Al-'Azīz ibn Marwān, au bayt al-māl, et qu'il percevait, à ce titre, un traitement distinct de son traitement de magistrat, soit, une somme annuelle de deux cents dinars[4]. De même, un des successeurs de ce ḳaḍi, son fils, 'Abdallah, fut préposé, au cours de sa seconde magistrature ( 97/715 - 98/716 ), par le gouverneur, Ḳurra ibn Šarīk, à la même fonction et reçut aussi à ce titre un traitement spécial[5]. Muḥammad Al-Zuhri était ḳāḍi de Bagdad et préposé au bayt al-māl de cette ville sous le califat de Manṣūr[6].

Il y a lieu de dissiper ici une équivoque à laquelle pourrait don-

(1) Cf. *supra*, 276. (2) *E. I.*, V° *masdjid*, 399 ; Maḳrīzi, IV, 9.
(3) Cf. *supra*, 276 s. (4) *Wulāt*, 317. La tradition rapporte des exemples encore beaucoup plus anciens : 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb aurait préposé 'Abdallab ibn Mas'ūd tout à la fois à la justice et au *bayt al-māl* de la ville de Kūfa ( Balāḏuri, 269 ; Ibn 'Asākir, VI, 336 ). (5) *Wulāt*, 330. (6) Ibn al-Ḫaṭīb, II, 349.

ner lieu un passage de l'article de M. Wensink, sur les masdjids, dans *l'Encyclopédie de l'Islam*. Le savant auteur déclare que le bayt al-māl était identique au tābūt, ce qui paraît exact, mais sous réserve des explications suivantes. Le terme de tābūt ( caisse en bois ) servait effectivement à désigner, par extension, le trésor public ; et il est employé dans ce sens par certains textes, qui relatent la nomination de fonctionnaires comme préposés aux finances[1]. Mais sans doute ne faudrait-il pas perdre de vue, que ce même terme servait aussi à désigner une caisse spéciale, qui a toujours dépendu essentiellement du ḳādi, dans laquelle le magistrat conservait certains biens qui étaient confiés à sa garde particulière, tels que les biens sans maître, ceux des mineurs n'ayant pas de tuteurs naturels. Or, ce *tābūt* ne fut créé que vers la fin du IIe s. h., et il était, ajoutent les textes, — sans doute pour que soit assurée plus efficacement sa garde — placé dans le local affecté au trésor public proprement dit[2]. Ce tābūt était spécialement considéré comme le *mūda' al-ḳuḍāt* ( مودع القضاة )[3]. Pour plus de précision, on désignait la caisse où était déposés les biens confiés ordinairement à la garde des ḳāḍi par l'expression de *bayt māl al-ḳuḍāt* ( *le bayt al-māl* des kāḍi ) par opposition au *bayt al-māl* de l'Etat qu'on appelait encore *bayt māl al-muslimīn*[4]. Les textes rapportent, d'autre part, certains faits relatifs à la gestion de tābūt par des magistrats qui n'ont jamais été préposés à la garde du trésor public[5].

Dans le même ordre d'idées, on peut aussi indiquer que des magistrats étaient préposés parfois à la garde des dépôts d'approvisionnements de l'armée ( *al-huri* الهري ). Cette charge fut attribuée, notamment, au ḳāḍi d'Egypte 'Iād Al-Azdi ( 98/716 - 100/718[6] ).

Au cours du développement ultérieur des institutions publiques, une distinction semble s'être établie entre le bayt al-māl proprement dit et le trésor public ; le premier comprenant les revenus prévus et autorisés par la loi religieuse ; le deuxième, toutes les autres sortes de revenus perçus par l'Etat, et appelés *mukūs*, tels que les droits de douane et les autres taxes et impôts[7]. Quoi qu'il en soit, pour le bayt al-māl proprement dit, la tradition de la compétence kadiale s'est maintenue et, même, considérablement développée. Ce qui, aux ori-

(1) *Wulāt*, 170, 117. Makrīzi, III, 149.
(2) *Wulāt*, 353.
(3) Cf. *supra*, 363 ;
(4) *Wulāt*, 470.
(5) *Wulāt*, 450.
(6) *Wulāt*, 333.
(7) *E. I.*, V° *bayt al-māl*.

gines, n'était qu'une attribution accidentelle, concédée, dans des cas relativement rares, devient, tout au moins, dans quelques milieux et à certaines époques, une attribution habituelle des magistrats. Le texte à cet égard, le plus formel, qui existe, à notre connaissance, est un passage de Ibn ʿAbdūn, auteur andalou du IVe s. h.. Dans ce texte, le ḳāḍi est représenté comme le gérant suprême du *bayt māl al-muslimīn*. C'est lui qui en a la garde, qui nomme les agents affectés à son service et les contrôle ; c'est lui seul qui autorise les sorties de fonds, le chef de l'Etat lui-même ne peut se faire remettre les sommes dont il a besoin, par exemple, pour une expédition militaire ou des travaux d'utilité publique, que sur l'autorisation du ḳāḍi[1]. Au surplus, ce bayt al-māl se trouve à la mosquée, dans un local suffisamment protégé, dont les clés restent entre les mains du magistrat[2].

Dans d'autres pays, comme l'empire fatimite, il semble que, en dehors des cas où un magistrat n'était pas préposé spécialement au bayt al-māl, le ḳāḍi al-ḳuḍāt exerçait toujours une sorte de contrôle supérieur sur la garde de bayt al-māl dont l'agent lui était subordonné. C'est ce pouvoir de l'autorité judiciaire qui nous paraît devoir expliquer une des cérémonies des audiences solennelles que tenait le ḳāḍi al-ḳuḍāt et au cours de laquelle l'agent du bayt al-māl comparaissait devant ce haut magistrat[3]. De la période mamluk, beaucoup de diplômes d'investiture ont été conservés, dans lesquels on trouve des ḳāḍi désignés à la fonction de la *wakālat bayt al-māl*[4].

Quelle était l'étendue des pouvoirs du ḳāḍi dans l'exercice des fonctions de bayt al-māl ? S'agissait-il d'une simple garde ou d'un véritabte pouvoir d'administration ? Nous n'avons pas de détails précis sur ce point quant à la période des origines. Mais, de la teneur des textes relatifs aux ḳāḍi, au Ier s., qui ont été préposés au bayt al-māl, il semble ressortir que leurs pouvoirs étaient des pouvoirs d'administration, identiques à ceux qui sont exercés par tout autre fonctionnaire distinct préposé spécialement à ces mêmes fonctions. Les textes disent que tel ḳāḍi a été préposé au bayt al-māl dans les mêmes termes où ils disent qu'il a été préposé à la justice

(1) Ibn ʿAbdūn, *J. as.*, 1934, 200. (2) *Ibid*,, 212. (3) Makrīzi, II, 246 ويحضر اليه وكيل بيت المال. (4) Ḳalḳ., XII, 64 ; un autre cas, Ḳalḳ., XII, 67 ; XII, 135. — Le fait, signalé par Ḳalḳ. (IV, 37), d'après lequel, sous les Mamluk, le préposé au bayt al-māl, au Caire, avait ses bureaux au *dār al-ʿadl*, lieu où, en principe, les audiences de justice royales sont tenues, est significatif.

ou au *ḳaṣaṣ*[1], ou qu'il a cumulé les fonctions de la justice, du ḳaṣāṣ et du bayt al-māl, sans restriction spéciale pour cette dernière fonction[2]. L'expression est aussi exactement la même lorsqu'il s'agit de la nomination d'un fonctionnaire spécial.

Pour la période suivante, il ressort nettement du texte ci-dessus analysé de Ibn 'Abdūn qu'en Espagne le ḳāḍi avait des pouvoirs étendus d'administration, puisque c'est lui qui contrôlait les entrées et sorties de fonds, qui autorisait ou interdisait les dépenses. Le bayt al-māl constitue un service autonome qui possède son cadre spécial d'agents et qui fonctionne sous l'autorité du magistrat.

Pour la basse-époque, nous possédons des détails encore plus circonstanciés. De la comparaison entre les termes des diplômes de nomination des fonctionnaires préposés spécialement au bayt al-māl et ceux délivrés au ḳāḍi, pour cette même fonction, il ressort, en premier lieu, que dans l'un et l'autre cas, les attributions restaient les mêmes, quant à la gestion proprement dite du trésor public. Mais, en plus des attributions administratives, le magistrat possédait naturellement des attributions juridictionnelles. Les attributions de la première catégorie sont relatives à tous les actes nécessités par la gestion du bayt al-māl. D'après certains textes, ces actes comprennent tous les achats et ventes dans lesquels était intéressé le bayt al-māl[3]. D'autres textes et, en particulier, les diplômes de nomination mentionnent à titre énonciatif, quelques-uns de ces actes. Le préposé à ces fonctions est responsable, d'une façon générale, de tous les biens et des sommes d'argent — « qui arrivent par *kantar* en nombre infini » au bayt al-māl — et qui constituent « la propriété de tous les musulmans[4] ». Il peut vendre, suivant les nécessités du service, certains de ces biens il passe des contrats de louage ou d'affermage ; — il marie les femmes esclaves qui sont la propriété du bayt al-mal ; — il prévient les usurpations ; fait exécuter des constructions d'immeubles ou de navires, fait des plantations ; inscrit toutes les entrées de fonds ou de biens de toutes sortes; recueille les biens de toute personne décédée sans héritier. Ḳalḳašandi conclut, en termes tout à fait généraux, que le préposé au bayt al-māl fait tout ce qui est nécessaire pour l'administration du trésor public[5].

Mais le ḳāḍi, préposé au bayt al-māl, est aussi compétent pour

(1) *Wulāt*, 317. (2) *Wulāt*, 332. (3) Ḳalḳ., IV, 37 ; XI, 216.
(4) Ḳalḳ., XII, 185. (5) Ḳalḳ., XII, 66 ; III, 487.

connaître de tous les procès soulevés par le fonctionnement de ce service. Des recommandations spéciales lui sont faites pour qu'il apporte un soin particulièrement attentif à l'examen des prétentions élevées pour ou contre le trésor public[1]. Cependant, il faut observer que cette compétence juridictionnelle du ḳāḍi ne procède pas de sa qualité de préposé au bayt al-māl mais exclusivement de sa qualité de magistrat, puisque, d'une part, elle ne rentre pas dans les attributions du préposé à ce poste lorsqu'il est simple fonctionnaire administratif ; et que, d'autre part, tout magistrat a qualité pour connaître des procès où le trésor public est intéressé. Le modèle de diplôme d'investiture des ḳāḍi, rapporté par 'Umari, renferme un passage spécial, confirmant expressément cette compétence[2].

La compétence des ḳāḍi en matière de gestion du bayt al-māl semble avoir disparu au cours de la période mamlūk, avec la disparition de l'institution elle-même. Maḳrīzi, qui a vécu entre les années 766/1364 et 845/1442, relate, en effet, que le bayt al-mal ,fonction très importante » dont le titulaire était toujours « un personnage de confiance particulièrement distingué », avait cessé d'exister de son temps[3].

## §. 2. — La monnaie ( sikka, 'iyar سكة وعيار )

La fonction de la *sikka* ou *'iyār* consiste, suivant la définition qu'en donne Ibn Ḫaldūn, à « contrôler les monnaies qui ont cours entre les hommes, en les préservant de toutes falsifications, altérations, et, d'une manière générale, à veiller par tous les moyens à ce que les pièces de monnaie conservent leur bonne qualité ; ainsi qu'à apposer, avec un cachet en fer spécialement confectionné à cet effet, la marque du prince sur les nouvelles pièces de monnaie, suivant le titre et la qualité déterminés par la loi et la coutume des différents Etats[4] ».

(1) Ḳalk., XII, 69 ; 'Umari, 118. (2) *Ibid.* : adde *supra*, 355. (3) Makrīzi, III, 364 s. Les attributions du bayt al-māl furent dévolues à d'autres organismes administratifs. (4) Ibn Ḫaldūn, 226. — Le terme de *sikka* désignait originairement le cachet qui servait à fixer l'empreinte légale sur les pièces de monnaie, puis, par extension, il a servi à désigner l'empreinte elle-même, et, par extension ultérieure, la fonction ayant pour objet le contrôle de la frappe des monnaies ( Ibn Ḫaldūn, 261 ). Le nom *'iyār* ( littéralement : détermination exacte d'une mesure et d'un

La fonction de la sikka est rangée, par les auteurs musulmans, parmi les « fonctions religieuses » de l'Etat[1]. Cette méthode paraît, de premier abord, étrange. On en trouve, cependant, la justification théorique dans des considérations diverses. La monnaie étant le moyen normal d'échange entre les hommes, un manque ou défaut dans une de ses pièces constitue une falsification, une tromperie, par conséquent, un acte frauduleux, que défendent les préceptes de la religion. C'est le motif essentiel qu'invoque Ibn Ḫaldūn et qu'on retrouve dans des diplômes de nomination à la fonction[2]. Un autre motif se trouve encore indiqué dans ces diplômes : c'est en pièces de monnaie que sont payées les aumônes, principalement, l'impôt de la *zakāt*, les *diya* ou prix du sang, autant d'obligations formulées par le texte sacré, le Coran[3].

C'est ce qui explique probablement que dès une époque reculée, tout au moins dès le début du IIIe s. h., le local où se faisait la frappe des monnaies de l'Etat musulman, la *dār al-ḍarb*, se trouvait dans les mosquées ou dans des locaux attenant aux mosquées, ainsi que cela ressort de certains textes. Makrīzi rapporte, en effet, que le ḳāḍi d'Egypte, Ibn Miskīn, de la première moitié du IIIe s. h., aménagea dans la vieille mosquée du Caire une cour, « qui était contigue à la *dār al-ḍarb* » ; que vers le milieu du IVe s. h., dans la même mosquée, une galerie ( *riwāḳ* ) fut construite, ayant pour point de départ la *dār al-ḍarb*[4].

Un troisième facteur a joué aussi peut-être son rôle. Les ḳāḍi, on le sait, sont spécialement qualifiés pour authentifier les actes juridiques et ils ont exercé, pour cette raison, la fonction notariale. N'a-t-on pas pu, pour cette même raison, les juger particulièrement qualifiés pour garantir la sincérité des pièces de monnaie qui sont un moyen de règlement de transactions juridiques ?

poids ) a été aussi appliqué à cette fonction étant donné qu'elle a pour but de fixer exactement la mesure, le poids et le titre légaux des pièces de monnaie. Le terme de *ḍarb* (ضرب) — frappe — est aussi couramment employé. L'hôtel des monnaies s'appelle *dār al-ḍarb* (دار الضرب). On trouve aussi l'appellation de *dār al-sikka* (دار السكة) (Dozy, *Supplément*, Vo سك).

(1) Cette fonction donnait droit à son titulaire d'inscrire son nom ou la lettre initiale de son nom sur les pièces de monnaie ( cf. Yāḳūt, V, 309 ). (2) Ḳalk., X, 433.
(3) Ḳalk., *eod. loc.* (4) Makrīzi, IV, 11.

Il n'est donc pas étonnant que cette fonction de la *sikka* qui rentre, essentiellement, dans les prérogatives du souverain, ait été déléguée aux ḳāḍi, dont le caractère éminemment religieux a déjà été démontré et qui exercent leurs fonctions judiciaires dans les mosquées, mises par le fait même, avec toutes leurs dépendances, sous leur autorité. C'est pour cela, croyons-nous, que Ibn Ḫaldūn dit qu'anciennement la *sikka* rentrait dans les attributions des ḳāḍi. Mais il ne semble pas que la compétence des magistrāts ait existé dès les origines. Jusqu'au IVe s. h., dans les chroniques de Kindi et de Ibn Ḥağar, on ne trouve pas mention d'une compétence en cette matière, dévolue à des ḳāḍi, et nous n'avons pu relever des traces d'une telle compétence dans d'autres textes. Dans la première moitié du IVe s. h., cependant, nous trouvons mention d'un magistrat pourvu de cette compétence. Tannūḫi, raconte Yāḳūt († 342/953), fut nommé ḳāḍi de la province de Ahwāz et préposé au *'iyār*[1]. Dans la deuxième moitié du même siècle, le ḳāḍi d'Egypte, Muḥammad ibn Ḥayyūn, est nommé aussi à cette même fonction au Caire[2], Le diplôme d'investiture de ce magistrat, qui porte attribution expresse de compétence en cette matière, est daté du mois de ṣafar 389/998[3]. Au cours du Ve s. h.. un autre ḳāḍi du nom de Tannūḫi exerçait les mêmes fonctions[4]. Du VIe s. h., Ḳalḳašandi rapporte un autre diplôme de nomination d'un magistrat délivré au nom du calife fatimite, 'Aḍid, et dans lequel figure la fonction de *'iyār*[5]. Enfin, Maḳrīzi nous apprend qu'au cours de toute la période fatimite, la direction de *dār al-ḍarb* était, « en raison de son importance, toujours confiée au ḳāḍi al-ḳuḍāt[6] ».

Naturellement, à cette fonction était affecté un traitement spécial que cumulait le ḳāḍi avec ses autre émoluments, comme cela résulte d'un texte de Yāḳūt[7].

Mais la compétence du ḳāḍi en cette matière ne se maintint pas très longtemps. Ibn Ḫaldūn note qu'à son époque, au VIIIe s. h., elle était déjà distraite des attributions des magistrats et érigée en un office distinct ayant un titulaire spécial[8].

(1) Yākūt, V, 232. (2) *Wulāt*, 592. (3) Ḳalk., X, 384 et ss. (4) Yākūt, V, 309. (5) Ḳalk., X, 324 et ss. (6) Makrīzi, II, 246, 313. Dans le même sens, Ḳalk., III, 486 ; IV, 35. — Tout ce que nous pouvons inférer des textes rapportés ci-haut c'est que les magistrats recevaient, parfois, attribution de compétence en matière de sikka, ce qui n'exclut pas que cette fonction existait, aussi, à titre autonome et qu'elle était exercée par des titulaires spéciaux.
(7) Yākūt, V, 302 ; *adde* Kutubi, II, 68. (8) Ibn Ḫaldūn, 226.

## §. 3. — Attributions militaires, politiques, administratives

**Attributions militaires** — Il s'agit d'entreprises de guerre, de défense de cités, places-fortes, frontières. Il peut paraître surprenant que des hommes de loi, magistrats de carrière, aient exercé le métier des armes. Pourtant, c'est bien la réalité : les ḳāḍi ont, pendant une certaine période, exercé des commandements militaires. Il nous semble que l'on peut trouver à ce phénomène deux raisons concurrentes. La première est justiciable du rôle politique important que certains magistrats sont arrivés à jouer dans l'Etat, à certaines époques : le ḳāḍi, qui devient le conseiller attiré d'un souverain dans les affaires publiques, peut naturellement être appelé, surtout à des époques où le partage des compétences politiques n'existe pas encore, à s'occuper personnellement d'une des plus importantes de ces affaires: la défense de l'Etat par les armes, la guerre contre les Etats étrangers. D'autre part, la guerre, en Islam, a, dès le principe, revêtu un caractère essentiellement religieux et légal. La guerre entreprise par l'Etat est le *ǧihād* dont le Coran fait un devoir sacré. Il était logique que les ḳāḍi qui étaient les représentants attirés de la loi, dont le caractère religieux est si prononcé, entreprissent eux-mêmes la conduite des opérations de ce ǧihād. Aussi bien, Ibn Ḫaldūn disait, que la guerre, dont le commandement été parfois confié à des ḳāḍi, était la guerre sainte[1] ; et il ajoutait que les califes confiaient parfois à leurs kāḍi le commandement du ǧihād[2] ». Mais, une fois sur cette pente, la compétence des magistrats débouchera sur un terrain plus vaste : ils exerceront des commandements militaires non seulement dans les cas de ǧihād proprement dit, mais dans d'autres cas d'expéditions militaires, dans les cas, par exemple, de guerre entre puissances musulmanes et de *ġazū*[3].

On ne relève dans aucun des diplômes d'investiture des ḳāḍi une attribution de pouvoir en cette matière. Ils tiraient ce pouvoir ou bien d'une délégation expresse du prince, spéciale à des opérations militaires déterminées, ou bien d'une délégation tacite, la coutume s'étant établie en ce sens. Mais, dans beaucoup de cas, aussi, c'est le magistrat qui, de sa propre autorité, s'arroge ce droit.

(1) Ibn Ḫaldūn, 222. (2) Ibn Ḫaldūn, 222. (3) Ḥušāni, 143.

Cette extension exorbitante des attributions des ḳāḏi n'est pas spéciale à une partie déterminée du monde musulman ; elle s'est manifestée partout. Pour la période primitive de l'expansion islamique, le passage précité de Ibn Ḫaldūn donne déjà une indication générale. Ibn Ḳutayba, de son côté rapporte que Salmān Al-Bāhili, qui aurait été ḳāḏi, en Irak, sous le califat de 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb, participa à la célèbre bataille de la Ḳadisyya[1]. Il existe de nombreux cas, tirés de la première période de l'époque abbasside, où l'on voit des juges cumulant avec les fonctions judiciaires le commandement militaire de leur circonscription. Sous le règne de Hārūn Al-Rašīd, le ḳāḏi de Médine est, en même temps, le chef militaire de cette ville[2]; sous le même règne, Abū Al-Baḫtari exerce cumulativement les deux charges — judiciaire et militaire — à la Mecque[3]. Il en est de de même sous Mahdi, pour le ḳāḏi de Bagdad Ǧamaḥi[4]. Yaḥya ibn Akṯam, ḳāḏi al-ḳuḏāt sous le califat de Ma'mūn ( 198/813 - 218/833 ), allait souvent à la tête des armées musulmanes guerroyer contre les Byzantins[5]. Plus spécialement, en l'année 216/831, ce haut magistrat conduit une expédition contre les Byzantins[6]. Dans une guerre dans laquelle était engagé, vers le milieu du IVe s. h., le prince ḥamdanide, Sayf Al-dawla, le ḳāḏi Abū Al-Ḥusayn, de Tartus, vient à son aide, à la tête d'une armée de quatre mille hommes[7].

Mais c'est en Espagne et dans le Maġreb en général, que le cas se produit le plus fréquemment ; et de fait les exemples tirés de l'histoire de cette partie du monde musulman sont beaucoup plus nombreux qu'ailleurs, à telle enseigne que c'est spécialement dans le madhab malékite, qui était prédominant en Occident, que l'on trouve une consécration doctrinale formelle de la compétence des magistrats en matière militaire. Après avoir posé en principe que l'étendue de la compétence des ḳāḏi se détermine suivant les circonstances de temps et de lieu, Ibn Farḥūn admet que, dans certains pays et à certaines époques, cette compétence peut valablement comprendre les pouvoirs « d'un chef de guerre ». L'auteur ajoute que cette règle est conforme aux coutumes d'Espagne[8].

(1) Ibn Ḳutayba, *éd. Brock.*, 82. 'Abīs ibn Sa'd, après son licenciement du poste du kāḏi du Caire en 68/687 est mis à la tête d'une expédition maritime de guerre ( *Wulāt*, 39 ). Un autre cas analogue du milieu du IIe s. h. ; *Wulāt*, 359. (2) Ibn Al-Ḫaṭīb, XIII, 481 ; Ibn Ḫallikān, II, 239. (3) Ibn Sa'd, VII, 75. (4) Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 306. (5) Ibn Ḫaldūn, 222. (6) Abū Al-Maḥāsin, II, 217. (7) Abū Al-Muḥāsin, III, 803. (8) Ibn Farḥūn, II, 118 ان ولاية القضاء في بعض البلاد وبعض الاوقات تتناول ولاية والي الحرب. On pourrait être tenté de

Nous allons indiquer, par ordre chronologique, quelques-uns des cas les plus typiques que nous avons pu recueillir en cette matière. Le ḳāḍi al-ǧamā'a de Cordoue était devenu une sorte de ministre de la guerre et de généralissime des armées umayyades d'Espagne. Il conduit des expéditions militaires, assure la défense des frontières, édifie des fortifications. Suivant la chronique de Faraḍi, Faraǧ ibn Kināna, ḳāḍi al-ǧamā'a sous le califat de Ḥakam, durant les années 198/813 - 200/815, allait aux frontières extrêmes du royaume, à la tête des armées[1]. Au début du IIIe s. h., en l'année 212/817, le gouverneur de la province de Ifrīḳya équipe une flotte qu'il envoie contre la Sicile, sous le commandement de Asad ibn Al-Furāt, ḳāḍi de Ḳayrawān[2]. Vers la même époque, Munḏir ibn Sa'īd, ḳāḍi al-ǧamā'a du calife Al-Nāṣir, commande des expéditions militaires[3]. Dans la seconde moitié du IIIe s. h., 'Amr ibn 'Abdallah, ḳāḍi al-ǧamā'a, est un des chefs de l'expédition militaire entreprise en l'année 253/876 et célèbre sous le nom de *ġazāt al-barbar*[4]. Au IVe s. h., Muḥammad ibn 'Isa, nommé ḳāḍi al-ǧamā'a de Cordoue en l'année 324/935, « se rendait souvent aux places-frontières ( *ṯuġūr* ) du royaume et y faisait exécuter tous les travaux de réparations nécessaires dans les fortifications[5] ». Le successeur de ce magistrat, Muḥammad Al-Layṯi, nommé en l'année 326/937, faisait entreprendre des travaux militaires du même genre[6]. De même, dans la seconde moitié du IVe s. h., sous le califat de Mustanṣir, Ibn Arfa', ḳāḍi d'une ville de province, y élève des fortifications[7]. « Dans la première moitié du Ve s. h., en 427/1035, la cité de Séville étant assiégée, les assiégeants sont obligés de se battre contre un parti de cavalerie envoyé par le ḳāḍi de la ville Abū Al-Ḳāsim, en direction de Carmona[8] ». Le ḳāḍi al-ḳuḍāt de Marrakeš accompagne l'expédition militaire des Almoravides en Espagne et se fait tuer à la fameuse bataille de Zallaka, en 479/1086, dans laquelle fut vaincu Alphonse IV, roi de Léon et Castille[9]. Au

soutenir que l'expression والي الحرب est employée ici dans le même sens que dans Ḳalḳ., IV, 23, où elle désigne le chef de la *šurṭa* ( force publique et justice criminelle ). Mais les cas pratiques d'exercice de commandements militaires proprement dits par les magistrats écarteraient une telle interprétation.

Il y a lieu, cependant, de noter ici une coutume suivie en Espagne au IIIe s. h. d'après laquelle le magistrat qui partait en campagne ne pouvait pas à son retour reprendre l'exercice de ses fonctions judiciaires sans une nouvelle investiture.

(1) Faraḍi, I, 284. (2) Ibn Al-Aṯīr, *trad.* Fagnan, 187 ; *Al-bayān al-moġrib*, éd. Dozy, I, 95. (3) Ibn Ḫaldūn, 222. (4) Ḫušāni, 143. (5) Makkari, I, 335. (6) Faraḍi, I, 355. (7) Faraḍi, I, 302. (8) Ibn al-Aṯīr, *trad.* Fagnan, 431. (9) *Takmila*, II, 620.

début du VIe s. h., le ḳāḍi al-ḳuḍāt du royaume abbasside de Séville, Abū-Bakr ibn Al-ʿArab, impose aux habitants de cette ville une contribution dont il consacre le produit à la réparation d'une partie délabrée de la forteresse ; il entreprend aussi la construction, autour de la ville, d'une enceinte en pierre[1].

Dans d'autres cas, les attributions militaires du magistrat s'élargissent ; il exerce, en raison de circonstances particulières, notamment, de la situation stratégique des lieux, l'autorité supérieure sur tous les autres fonctionnaires de la région et veille personnellement sur les services qui intéressent, d'une façon directe, la sécurité nationale. Maḳḳari rapporte que le ḳāḍi Mundir ibn Saʿīd, du début du IVe s. h., avait la haute main sur tous les fonctionnaires de son ressort — les marches orientales d'Espagne — et, par ailleurs, exerçait sa surveillance sur tous les étrangers de passage dans la région [2].

A tous ces cas il faut ajouter ceux où les magistrats, devenus chefs indépendants de certains territoires, entreprennent, de leur propre autorité et pour leur propre compte, des opérations militaires, ainsi qu'on va le voir immédiatement.

*Les ḳāḍi, chefs d'Etat* — Nous examinerons bientôt divers cas dans lesquels les magistrats apparaissent comme exerçant, en fait, toutes les attributions politiques dans un Etat. Pour le moment, il s'agit d'une extension encore plus exorbitante de pouvoirs : dans diverses circonstances de lieu et d'époque, les juges sortent entièrement de leur rôle originel et deviennent de véritables chefs d'Etat. On se trouve dans ce cas en présence de situations qui se créent et se développent contre toute légalité, en dehors de toute reconnaissance par une autorité supérieure quelconque. Les ḳāḍi de telle ou telle région usurpent les pouvoirs de l'autorité centrale et constituent pour leur propre compte des principautés autonomes, voire, indépendantes, dont ils se proclament les chefs. Ce phénomène est la conséquence directe d'une situation politique et sociale particulièrement troublée et compromise, de l'affaiblissement et de l'effritement du pouvoir central, d'un état d'anarchie. Tout seigneur ou chef local assez puissant cherche à en tirer pārti. Ainsi, on assiste à l'éclosion, sur les différents points du territoire, de nombreuses principautés.

(1) Makkari, I, 348. (2) Makkari, I, 577.

Les magistrats, placés à la tête du pouvoir judiciaire, dans les différentes circonscriptions du royaume, font, eux encore, leur profit de cette situation. Il se crée une sorte de système féodal où les ḳāḍi ont leur très large part. Cette situation se rapproche, à un certain point de vue, de celle qui se produit dans les pays féodaux de Chrétienté où de hauts fonctionnaires, de grands propriétaires, des évêques, s'érigent en seigneurs de vastes territoires.

Le phénomène, en Islam, n'est pas très ancien : il n'a pu commencer à se produire que du jour où le pouvoir politique central est entré dans sa phase de décadence, où il est devenu impuissant tant à maintenir dans l'obéissance les seigneurs locaux qu'à protéger par ses propres moyens toutes les parties de son empire contre les entreprises de l'étranger. Les chefs des mouvements séparatistes, qui arrivent à se tailler ainsi des principautés autonomes, prennent le titre de *ṣāḥib* (صاحب), *ra'īs* (رئيس) ou même *malik* (ملك); et on dit, en conséquence, que telle personne a *régné* sur une telle région[1].

En Orient, c'est au cours de la période des Croisades que l'on voit des ḳāḍi, à l'instar d'autres personnages, s'ériger en seigneurs indépendants. Au cours du Ve s. h., le ḳāḍi de Tripoli de Syrie, Ibn 'Ammār, s'empare du gouvernement de cette région ; il devient « *ṣāḥib Tarāblus* ». Les textes le représentent fortifiant la ville, pour la défendre contre les attaques des Croisés ou bien entreprenant des expéditions militaires contre eux[2]. Manṣūr, ḳāḍi de Gablah, en Syrie, est le *ra'īs* de cette région ; et, à sa mort, le pouvoir se transmet à son fils, 'Ubayd-Allah, lequel, à la tête de ses soldats, guerroie contre les Croisés[3]. Pour une époque plus tardive, Ibn Baṭūṭa rapporte qu'en Afganistan, un juge du nom de Ǧalāl al-dīn s'était proclamé sultan et entreprit une guerre contre le souverain légitime[4]. Mais, encore une fois, c'est dans l'Espagne musulmane que cette transformation extraordinaire de la situation des magistrats se développe avec le plus d'ampleur ; qu'elle revêt un caractère très général. Il faut reconnaître que, dans cette partie du monde musulman, le terrain était particulièrement favorable à la production d'un tel phénomène, étant donné les pouvoirs militaires que traditionnellement et très ordinairement les ḳāḍi y exerçaient, comme nous venons de le cons-

(1) Ibn Al-Aṯīr, IV/X, 119.
(2) Abū Al-Maḥāsin, III, 267 ; Ibn Al-Aṯīr, *eod. loc.* ; Lammens, *Précis*, I, 154.
(3) Ibn Al-Aṯīr, *eod. loc.*
(4) Ibn Baṭūṭa, II, 72.

tater. Une première fois, c'est à la suite de la décadence du califat umayyade, à l'époque des *mulūk al-ṭawā'if*, au début du Ve s. h., que l'on voit des kāḍi s'insurger contre le pouvoir central et s'établir comme princes autonomes. Quelques-uns d'entre eux fondent même de véritables dynasties, qui auront un certain renom dans l'histoire, telles que celle des Abbadides, qui fut à la tête de la plus importante et la plus brillante des principautés qui se formèrent à cette époque et qui fut fondée par Muḥammad ibn Ismā'īl ibn Abbād Al-Laḫmi, ḳāḍi de Séville 414/1023 ( ou 422/1031 ). Cette dynastie eut trois représentants successifs et se maintint jusqu'en 484/1091, date à laquelle elle fut renversée par les conquérants almoravides[1]. Mais c'est vers la fin du Ve s. h., concurremment avec la décadence de l'empire almoravide, et au début du VIe s., vers la période où éclate ce grand mouvement insurrectionnel que les historiens andalous appellent la *fitna*, que le phénomène se généralise, avec cette caractéristique toute particulière que ce sont, presque exclusivement, des ḳāḍi qui s'érigent en princes autonomes. A cette époque, dit, en effet, Ibn Abbār « les ḳāḍi conquirent le pouvoir dans toutes les parties de l'Etat almoravide, en Espagne » ( تأمرت القضاة في بلادها شرقاً وغرباً[2] ). Citons, comme exemples, les cas suivants : Au début du VIe s. h., l'autorité du roi de Tolède, Yaḥya Al-Ḳādir ibn Ḏil-nūn, s'étant affaiblie, Valence, qui avait été incorporée à ce royaume, secoue le joug et c'est le ḳāḍi de cette région Ǧa'far Al-Ma'āfiri, qui en devient le seigneur, le *ra'īs*[3]. Dans la premiére moitié du VIe s. h., le ḳāḍi de Murcie se soulève contre l'autorité centrale, avec laquelle il entre en guerre[4]. Vers la même époque, Ibn Al-Ḥākam Al-Kalbi, ḳāḍi de Malaga, est le *ra'īs* de cette ville[5]. C'est Abū-Aḥmad ibn Ḥaǧǧāf, ḳāḍi de Valence, qui devient au VIe s., prince autonome de la région, pour la remettre ensuite à l'almoravide Yūsof ibn Tašfīn[6].

(1) Faraḍi, II, 103. Cf. *E. I.*, V° *Abbadides*. — Les chefs de ces petits royaumes imitent les grands princes et les califes dans leur conduite extérieure. Ainsi, les princes de dynastie abbadide se font appeler, en imitation de certains califes abbassides, Mu'tamid, Mu'taḍid. Un tel comportement a inspiré au poète Ibn Abi-Šaraf la satire où figurent ces deux vers célèbres :

مما يزهدني في ارض اندلسٍ  اسماء معتمـــدٍ فيها ومعتضدِ
القاب مملكةٍ في غير موضعها  كالهر يحكي انتفاخاً صورة الاسدِ

( Cf. Ibn Ḫaldūn, 228 et ss. ).

(2) Ibn Ahbār, *Takmila*, I, 31.

(3) *Ḥulla*, 281 ; Bel et Cheneb, 281.

(4) *Ḥulla*, 208.

(5) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 31.

(6) Maḳḳari, II, 1229. — Il n'est pas téméraire de penser que l'origine du sens du terme *alcade* — dérivé de l'arabe *al-ḳāḍi* — qui désigne,

**Attributions politiques** — En dehors des circonstances ci-dessus décrites dans lesquelles des magistrats ont exercé des compétences politiques, à tel point que, parfois, leur condition même s'en était trouvée transformée, les ḳāḍi ont joué un rôle politique considérable, soit d'une façon indirecte en raison de leur situation personnelle, soit, surtout, du fait de l'exercice direct de différentes fonctions de la hiérarchie politique ou administrative, concurremment, avec leurs attributions judiciaires. Le prestige et l'influence considérables qu'un haut magistrat, un ḳāḍi al-ḳuḍāt, par exemple, arrivait à acquérir personnellement amenaient le souverain à en faire son collaborateur attitré ou même abdiquait en fait, entre ses mains, la totalité de ses pouvoirs. Mais, dans la plupart des cas, une attribution formelle intervenait et le fait était sanctionné par le droit.

Les fonctions que les ḳāḍi ont été ainsi amenés à exercer dans les Etats musulmans sont très diverses. Il s'agit tantôt de la direction générale des affaires et de la politique proprement dite de l'Etat, tantôt de la gestion de certains services administratifs particuliers. Naturellement, il ne rentre pas dans notre intention de décrire les divers organismes de l'Etat que les magistrats ont été appelés à gérer ni d'en exposer le fonctionnement et l'évolution historique. Nous nous bornerons à quelques notions générales, nécessaires pour une détermination aussi exacte que possible du rôle que les magistrats ont joué, dans l'exercice de telles fonctions.

*La wazāra* — C'est une institution qui est primordiale dans l'histoire du droit public musulman. La wazāra consiste dans une fonction comparable à celle d'un chancelier d'empire, d'un premier ministre du souverain. Māwardi, dans son traité *Al-Aḥkām al-sulṭānyya*, en donne une description détaillée et en expose les règles théoriques d'exercice. Durant toute la période umayyade, la wazāra est restée inconnue. Saffāḥ, le fondateur de la dynastie abbasside, aurait été le premier monarque à désigner son principal collabora-

en Espagne, le maire d'une ville, est justiciable de cette situation politique qu'avaient acquise les kāḍi dans l'Espagne musulmane.

Il faut, pensons-nous, rattacher à la même tendance des cas analogues qui continuent à se présenter dans l'histoire de la dynastie ottomane. La chronique rapporte qu'après la conquête de Chypre, le sultan Sélim préposa à son gouvernement civil et militaire le kāḍi même de l'île (*Al-iḳd al-manẓūm*, II, 541).

teur, Abū-Salama Ḥafṣ ibn Sulaymān Al-Ḫallāl, du titre de *wazīr*[1]. L'institution se maintint jusqu'à l'extinction de la dynastie, en 656/1258, date à laquelle le dernier calife abbasside, Musta'ṣim, fut tué avec son wazīr Mu'ayyid al-dīn Al-'Ilḳami par l'envahisseur mongol, Hulāgu. Entretemps, les Fatimites, installés en Egypte, avaient repris pour leur propre compte cette même institution. Ya'ḳūb ibn Killis, sous le califat de 'Azīz, et, surtout, Badr al-dīn Al-Ǧamali, sous le califat de Mustanṣir, furent les plus célèbres parmi leurs ministres.

Au cours de ces deux périodes abbasside et fatimite, le wazīr détenait, en principe, après le souverain, la totalité des pouvoirs ; mais, en fait, tantôt il les exerçait effectivement et d'une façon indépendante, reléguant le monarque dans un rôle passif, tantôt, le monarque affirmant sa personnalité, le wazīr devenait un simple agent d'exécution. C'est pourquoi, la doctrine, consacrant ces situations de fait, reconnaît et distingue deux sortes de wazāra : *wazārat al-tafwīḍ* — première situation — et *wazārat al-tanfīḏ* — deuxième situation[2].

A partir de l'époque ayyubite et sous les Mamluks, l'institution tombe en décadence. Les fonctions qu'elle comportait sont remplies dorénavant par un nouveau personnage, dénommé *nā'ib* (نائب) ou *nā'ib kafīl* (نائب كفيل) ou *kafīl al-mamālik al islāmyya* (كفيل الممالك الاسلامية). Il subsiste bien un poste de wazāra ; mais il est de second ordre et sa compétence est restreinte à quelques matières déterminées, comme l'administration des impôts dits *mukūs*, le contrôle du trésor et la participation aux audiences de justice des *mazālim*. Dans la seconde moitié du VIIIe s. h., le poste fut même supprimé par le sultan mamluk, Nāṣir ibn Ḳalāwūn, et ses attributions réparties entre trois autres fonctionnaires distincts ; et, lorsque, par la suite, il fut rétabli, ses précédentes attributions ne lui furent pas entièrement restituées[3].

L'époque à partir de laquelle les ḳāḍi se voient attribuer for-

(1) Ce mot, seul, sert à désigner le chancelier d'empire. Mais on rencontre aussi parfois l'expression de *wazīr al-wuzarā'* (وزير الوزراء) (wazīr en chef) : Ḳalḳ. III, 489.
(2) Quelques-unes des principales sources à consulter sur l'institution sont : Māwardi, *Aḥkām*, 20 et ss., et *Adab al-wazīr* ; Makrīzi, II, 304 et ss. ; Ibn Ḫaldūn, 236 et ss. ; Ḳalk., III, 287, IV, 28 et ss.
(3) A tel point que le titre de wazīr ne correspond plus qu'à celui de صاحب المال — agent des finances — (Ibn Ḫaldūn, 245).

mellement le poste de la wazāra est relativement tardive. D'après Suyūṭi, ce fut en l'année 441/1049, donc sous les Fatimites, que, pour la première fois, — en Egypte, tout au moins, — le poste de la wazāra fut confié à un magistrat en la personne du grand juge Bazūri[1]. Mais, d'après d'autres historiens, comme Ibn Ḫaldūn, ce genre de cumul se serait produit bien plus tôt : Ya'ḳūb ibn Killis, ministre du premier calife fatimite Mu'izz ( 341/952 - 365/975 ), cumulait avec cette fonction la charge de grand juge[2]. En 444/1048 on relève une succession de trois ḳāḍi al-ḳuḍāt nommés comme ministres[3]. Au début de l'ère mamluk, est nommé ministre du sultan Manṣūr, le ḳāḍi Faḫr al-dīn ibn Lukmān[4]. Le ḳāḍi al-ḳuḍāt Badr al-dīn Al-Sinǧari[5], ainsi que son successeur, le célèbre Ibn bint Al-A'azz[6], sont nommés au même poste.

Le phénomène se produit aussi en Occident. Le ḳāḍi du royaume almohade, Ibn Abi-'Umar, se voit attribuer par le sultan Mustanṣir des pouvoirs équivalents à ceux des ministres d'Orient[7].

En dehors de ces divers exemples de nomination formelle, il existe d'autres cas où l'on voit des magistrats exerçant en fait, par une reconnaissance simplement tacite du souverain, des attributions de ministre. Ainsi en a-t-il été du cas déjà cité de Yahya ibn Akṯam, ḳāḍi al-ḳuḍāt du calife abbasside Ma'mūn, de Aḥmad ibn Abī-Dā'ūd, ḳāḍi al-ḳuḍāt de Mu'taṣim. Dans la deuxième moitié du VI^e s. h., le kāḍi d'Alep Šahrazūri s'attire à tel point les bonnes grâces du roi ayyubite, Ismā'īl ibn Nūr al-dīn, que celui-ci abandonne entre ses mains l'exercice de tous ses pouvoirs[8]. Vers le milieu du même siècle, un kāḍi de Mossoul avait acquis la même situation auprès de Zanki, prince de la région[9]. Il en fut de même pour le kāḍi Abū Al-Maḥāsin auprès de 'Azīz, fils de Saladin[10].

(1) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 92. (2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 55. — Il faut, en tout cas, remarquer que dès l'époque abbasside les ministres omnipotents ( *wuzara al-tafwīḍ* ) — et le fait a été consacré par la doctrine public — possédaient, en vertu d'une délégation permanente du souverain, le pouvoir suprême de juridiction ; que c'était en vertu d'une délégation émanée d'eux-mêmes que les kāḍi al-kuḍāt exerçaient leur juridiction ( Māwardi, 25 ). De même, sous l'époque fatimite, le kāḍi al-kuḍāt était considéré comme le *vicaire* du wazīr, ( Maḳrīzi, II, 246, 304 ). (3) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 92. (4) Maḳrīzi, IV, 130. (5) Maḳrīzi, III, 146. (6) Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 102. (7) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 291. (8) Ibn Ḫallikān, I, 599. (9) Ibn Ḫallikān, I, 597. (10) Ibn Ḫallikān, II, 470.
كان القاضي ابو المحاسن بيده حلّ الامور وعقدها لم يكن لاحد معه في الدولة كلام .

Au cours de la période de décadence de la wazāra, certains magistrats acquièrent une autorité telle qu'ils exercent, en fait, les attributions mêmes du nā'ib. Ainsi, en a-t-il été, au VII^e siècle, au début de l'ère mamluk, du kāḍi Gaḏāmi, auprès du roi Manṣūr ibn Ḳalawūn[1], et, dans les premières années du IX^e s. h., du ḳāḍi Ibn Ġirāb, ces deux magistrats étant encore titulaires, par ailleurs, du poste de *kitābat al-sirr*[2] (secrétariat du sultan).

A côté de ces attributions bien déterminées, les kāḍi ont été souvent appelés, à jouer un rôle politique, à l'occasion de certaines circonstances. En raison du prestige qui s'attachait à leur situation, la coutume leur a reconnu une sorte de pouvoir de représentation de la société, leur conférant qualité de s'exprimer en son nom et de l'engager. Les circonstances dans lesquelles cette représentation s'est exercée sont ou bien d'ordre accidentel ou d'ordre permanent. Dans la première catégorie rentrent tous les cas où, à l'occasion d'événements politiques exceptionnels, le représentant ordinaire d'une communauté fait défaut ; les magistrats se trouvent être, avec d'autres personnages, naturellement qualifiés à prendre sa place. C'est ainsi que, auprès d'un conquérant qui a mis en fuite le souverain d'une région, les magistrats de cette région sont habilités à parler au nom de la population conquise. Lorsque, dans la première moitié du IV^e s. h., le chef des Fatimites fit son entrée dans la province de Ḳayrawān, une délégation composée des notables et ayant à sa tête le kāḍi Muḥammad ibn Abi Al-Manẓūr, sortit à sa rencontre pour lui présenter la soumission de la population et le féliciter de sa victoire[3]. Lorsque le fatimite Mu'izz fait son entrée à Alexandrie, une délégation était déjà arrivée du Caire, ayant à sa tête le kāḍi, accompagné des šuhūd et des notables, pour recevoir le conquérant et lui présenter ses vœux[4]. Au IX^e s. h., une délégation « composée des notables, des kāḍi, des 'ulama, est envoyée auprès de l'émir Yal-

(1) Maḳrīzi, IV, 130. (2) Abū Al-Maḥāsin, VI, 166. — Pour la période mamluk particulièrement, il est souvent malaisé de discerner si l'appellation de kādi donnée à des personnages nommés comme ministres signifie qu'ils cumulaient effectivement les deux fonctions, ou bien s'il s'agit d'un titre de dignité, honorifique, donné au ministre (ou inversement, si le titre de ministre est un titre honorifique donné à un kāḍi ; — cf. pour le titre de ministre, titre de dignité, en Espagne ; Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, 18) — ou, encore, s'il s'agit d'un titre que le ministre continue à porter en raison d'une fonction de magistrat qu'il aurait précédemment occupée. — Les mêmes réserves doivent être retenues pour les autres fonctions administratives qu'auraient occupées des kāḍi (V. *infra*, 425 s.). (3) *Obaidides*, 37. (4) Ibn Iḏāri, I, 237.

baġa en rébellion contre le Caire pour entamer avec lui des pourparlers en vue d'un armistice[1] ».

D'autre part, le fait devient très courant, de magistrats chargés d'ambassades et missions diplomatiques diverses. Il s'agit tantôt d'ambassades envoyées par le souverain auprès de puissances étrangères; tantôt, de missions ayant pour objet de négocier un accord entre deux partis en guerre ou une alliance en vue de renforcer un parti contre un autre. Le calife umayyade 'Abd al-Malik envoie en ambassade auprès de l'empereur de Byzance le kāḍi Al-Ša'bi[2]. Dans ses Annales du Maġreb et de l'Espagne, Ibn Al-Aṯīr raconte que, vers le milieu du IIe s. h., le nommé Ḥabīb, après s'être emparé du gouvernement de la province de Ifrīkya, « fit porter à Manṣūr ses promesses « de soumission par une ambassade où figurait, entre autres, 'Abd « al-Raḥmān ibn Ziyād, kāḍi de Ifrīkya[3] ». Au début du IIIe s. h., le « gouverneur de cette même province, Ziyādat-Allah, envoie à Man- « ṣūr ibn Nuṣayr, pour lui reprocher sa révolte, le kāḍi de Tunis et « quarante šayḫ de cette ville[4] ». Vers le milieu du IIIe s. h., deux magistrats font partie d'une ambassade envoyée par Ibn Ṭūlūn à son fils, en rébellion contre lui[5]. Vers la fin du IIIe s. h., le calife abbasside Muktafi, voulant faire parvenir à un chef dissident, un message l'engageant à rentrer dans l'obéissance, confie cette mission au kāḍi Muḥammad ibn Yūsof[6]. Pour conclure un armistice dans la guerre qui le mettait aux prises avec le sultan Mu'izz vers le milieu du IVe s. h., Al-Nāṣir envoie auprès de lui comme représentant, porteur de ses propositions, le kāḍi Abū Muḥammad[7]. Quand le calife abbasside Ḳādir eut connaissance du mouvement entrepris en faveur des Fatimites, il chercha à gagner à lui l'un des fauteurs de ce mouvement et à cet effet, il délègua auprès de lui le kāḍi Bākilāni[8].

Dans l'ordre des attributions permanentes, on peut citer le pou-

(1) Zreik, *Tārīḫ*, IX/I, 62. (2) Mubarrad, I, 307. (3) Ibn Al-Aṯīr, *trad.* Fagnan, 79; adde *Al-bayān al-moġrib*, éd. Dozy, I, 90.
(4) *Al-bayān al-moġrib*, éd. Dozy, I, 183. (5) Kindi, 221.
(6) Mas'ūdi, éd. Meynard, VIII, 218. (7) Abū Al-Maḥāsin, III, 319.
(8) *Al-bayān al-moġrib*, éd. Dozy, I, 274. — Pour de nombreux autres cas de magistrats chargés de missions diplomatiques, v. Ibn Ḫaldūn. *Tārīḫ*, III, 449: IV, 481, 483; V, 55, 115, 122, 184, 255, 453; VI, 315, 325; VII, 3, 7, 101, 224; Maḳkari, II, 1178.

Cette tradition d'ambassades confiées à des magistrats se maintient même dans l'Islam moderne. Ainsi, le délégué de l'Imām Yaḥya, roi du Yémen, auprès du roi d'Irak, était le ḳāḍi 'Abdallah Al-Sarḳi (Journal « *Bayrūt* », paraissant à Beyrouth, 17 octobre 1936).

voir reconnu aux magistrats de faire partie du collège électoral appelé à désigner le calife musulman, ou même de présider et diriger les opérations de l'élection. Ainsi, sous les Abbassides, après la déposition du calife Muḳtadir, vers la fin du IIIe s. h., ce fut « une assemblée comprenant les généraux, les magistrats et les notables qui prononça la *bay'a* au profit de Ibn Al-Mu'tazz[1] ». Le personnage qui dirigea les opérations de « l'élection » du calife Mustaršid, en 512 h., fut le kāḍi al-kuḍāt Dāmiġāni[2].

Pour la destitution d'un souverain ou même pour des actes politiques de moindre importance, qu'on cherche à justifier juridiquement, on a recours aux magistrats. Ainsi, lorsque Ibn Ṭūlūn voulut faire déposer Muwaffaḳ, « il réunit les hommes de loi, les kāḍi et les notables, pour faire prononcer la déchéance » de ce calife[3] ; et c'est au kaḍi Bakkār ibn Ḳutayba qu'il demanda de prononcer solennellement, à la mosquée, la malédiction contre le souverain. De même, dans la première moitié du VIe s. h., le sultan Mas'ūd convoqua une assemblée de hauts personnages, dont faisaient partie des magistrats, en vue de proclamer l'indignité de Rašīd[4]. En cette matière, on ne se contente pas d'une simple proclamation d'indignité du souverain, on demande aussi au kaḍi, à l'exclusion de tous autres personnages, de rendre une sentence en forme judiciaire, confirmant la déchéance. Nous avons déjà indiqué, par ailleurs, comment les princes avaient souvent recours à leurs magistrats pour légitimer par une consultation juridique, qui prenait aussi parfois la forme d'une sentence judiciaire, des actes d'assassinat ou de spoliation, de caractère politique.

**Attributions administratives diverses** — Au cours des périodes ayyubite et mamluk spécialement, le phénomène prend une ampleur extraordinaire : des kaḍi, et, dans la plupart même des cas, des magistrats qui n'occupent pas le sommet de la hiérarchie judiciaire, sont désignés aux services administratifs les plus divers et les plus étrangers, de par leur nature et les actes qu'ils comportent, à la fonction judiciaire. Il s'agit, soit de rouages particuliers de l'administration générale de l'Etat, soit de l'administration d'une cité ou d'un district provincial. Pour certains de ces services, il devient même de tradition qu'ils ne soient confiés qu'à des dignitaires ayant qualité de magistrat. Nous mentionnons ci-après quelques manifestations

(1) Suyūṭi, *Ḫulafa*, 152. (2) Kutubi, II, 124. (3) Suyūṭi' *Ḫulafa*, 147. (4) Suyūṭi, *Ḫulafa*, 175.

caractéristiques de cette phase de l'évolution, en donnant quelques indications sommaires sur la nature de chaque service que les kaḍi ont été appelés à gérer[1].

*Kitābat al-sirr* (كتابة السرّ) — (littéralement : secrétariat).

Suivant la définition qu'en donne Ḳalḳašandi, copiant 'Umari, cette fonction a pour objet d'exposer au sultan la correspondance qui lui est adressée, de rédiger les réponses appropriées, de soumettre ces réponses à la signature du souverain et de les expédier à destination ; d'adresser à qui de droit les divers rescrits, ainsi que de siéger à l'audience solennelle du sultan, au *dār al-'adl*, pour y lire les requêtes qui lui sont présentées et y donner, avec son assentiment, la suite qu'elles comportent. De plus, le fonctionnaire chargé de cet office participe aux conseils que tient le sultan, dans toutes les matières touchant aux intérêts généraux du royaume, et il est le collaborateur permanent du *nā'ib* ou premier ministre. Mais une attribution encore plus importante, surtout au point de vue qui nous intéresse, était attachée à cette fonction. D'après un texte de Maḳrīzi, dont nous n'avons pu déterminer la portée pratique exacte, son titulaire aurait eu « la haute main sur tous les magistrats et les titulaires des chaires d'enseignement, dans tout le royaume[2] ».

Le titulaire de cette fonction porte le nom de *kātib al-sirr*, ou *kātib diwān al-inšā'*, ou *kātib dawāwīn al-inšā'*. C'est une des fonctions administratives — *dīwānyya* — par opposition aux fonctions religieuses — *dīnyya*.

Du fait qu'elle a pour objet, notamment, de proposer au sultan les solutions à donner aux requêtes, en matière ne *maẓālim*, la *kitābat al-sirr* a un caractère juridictionnel prononcé, ce qui peut expliquer en partie son attribution à des magistrats. Dans la hiérarchie, elle vient immédiatement après la *wazāra* ; et lorsque cette dernière fonction fut supprimée par Ibn Ḳalāwūn, elle recueillit elle-même

(1) Ces renseignements généraux que nous donnons ci-après sont tirés principalement de : Ḳalḳ., IV, 30, 189 ; Maḳrīzi, III, 336 et ss. ; Ibn Ḫaldūn, 246 et ss. Pour la période mamluk, l'ouvrage de M. Gaudefroy-Demombynes, *La Syrie à l'époque des Mamlouks*, contient un exposé aussi clair que possible des divers rouages de l'administration de l'Etat.

(2) واليه مرجع القضاة ومشايخ العلم ونحوهم في سائر المملكة مصراً وشاماً Maḳrīzi, 103, III, 367.

une partie de ses attributions. En fait, certains, parmi les *kātib al-sirr*, prirent le pas sur le wazīr et ensuite sur le nā'ib. La *kitābat al-sirr* était devenue un rouage essentiel de l'Etat mamluk. Elle existe au Caire, ainsi que dans chacune des différentes provinces ( *niyābat* ) qui en relèvent, Damas, Alep, etc.. Mais elle remonte aux Fatimites, dont l'un d'eux, Mustanṣir, l'avait créée ; elle avait été maintenue sous les Ayyubites. Elle se retrouve aux mêmes époques, à Bagdad, où elle porte le même nom qu'en Egypte et en Syrie, et dans le royaume des Seljoukides, où elle s'appelle *dīwān al-ṭuġrā'* ( ديوان الطغراء )[1].

*Naẓar al-dawla* ( نظر الدولة )[2] — C'est une fonction intimement rattachée à la wazāra ; son titulaire est le collaborateur immédiat et permanent du wazīr dans l'exercice de toutes ses attributions et assure son intérim. Aussi, cette fonction porte-t-elle le nom de *al-ṣuḥba al-šarīfa* ( litt. : la noble compagnie ). On l'appelle encore *naẓar al-nuẓẓār* ( نظر النظار ). Pendant quelques années, même, Nāṣir ibn Ḳalāwūn se contenta d'un nāẓir al-dawla, la wazāra ayant été supprimée. Vers le milieu du VIII^e s. h., un ḳāḍi du nom de Muwaffak al-dīn était nāẓir al-dawla[3].

*Naẓar al-ḫāṣ* ( نظر الخاص )[4] — Cette fonction a pour objet l'administration des biens privés du sultan, à l'exclusion du trésor public lequel, disent les textes, « appartient à tous les musulmans, en général[5] ». Mais, étant donné les pouvoirs absolus du sultan, on admettra la grande importance de son patrimoine, que le nāẓir al-ḫāṣ

(1) Sous les Fatimites, le kāḍi Ḥūli est le kātib al-sirr du calife Ḥākim et de son successeur, Ẓāhir ; les kāḍi Ibn Ḫayrān, Abū al-Ḥaǧǧ, Baysāni, exercent ces mêmes fonctions auprès des califes Mustanṣir et 'Aḍiḍ. Le même Ibn Ḫayrān est appelé de nouveau à ces fonctions par le sultan ayyubite Saladin.

Sous les Mamluks, le ḳāḍi d'Egypte Ǧadāmi est le kātib al-sirr du sultan Ḳalāwūn. Les kāḍi Ibn 'Ali Al-Ṭayyb et Ibn 'Abd Al-Wahhāb sont des kātib al-sirr dans la province de Damas. ( Ḳalḳ., XII, 412 ). Dans les premières années du IX^e s. h., les kāḍi Ibn Ġirāb, Dimašḳi, Bāriz, ainsi que le fils de ce dernier sont nommés à ce poste, au Caire. ( Abū Al-Maḥāsin, VI, 166, 325, 420 ). A la même époque, un kāḍi al-kuḍāt de Damas, et le kāḍi Kamāl al-dīn sont kātib al-sirr de cette province. ( Abū Al-Maḥāsin, VI, 437, 692. Pour d'autres cas du même genre, cf. Ḳalḳ., IV, 162 ; Kutubi, I, 279 ).

(2) Sur l'institution, en général : Ḳalḳ., IV, 29 ; V, 465, 468 ; Maḳrīzi, III, 363 et ss. ; Gaudefroy-Demombynes, *op. cit*, *Introd.* LXVIII. (3) Maḳrīzi, IV, 125.

(4) Sur l'institution en général : Ḳalk., IV, 30, 189 ; Maḳrīzi, III, 369 ; Ibn Ḫaldūn, 246 ; Guudefroy-Demombynes, *op. cit.*, *Introd.* LVII, LXXI. (5) Ibn Ḫaldūn, 246.

avait à gérer. Des districts entiers, comme la ville d'Alexandrie, relevaient du *dīwān al-ḫāṣ*[1]. Au surplus, du fait que le titulaire de cet office devait naturellement avoir la confiance toute personnelle du souverain, il devenait son conseiller intime, même pour les affaires publiques. Maḳrīzi le compare à un wazīr.

D'après Ḳalḳašandi, la fonction de naẓar al-ḫāṣ a été créée par Nāṣir ibn Ḳalāwūn, lorsqu'il supprima la wazāra. Maḳrīzi affirme qu'elle existait du temps des Fatimites, mais il ajoute qu'elle n'acquit toute son importance qu'à l'époque dudit Ibn Ḳalāwūn. On peut citer, entre autres, les deux cas suivants de magistrats ayant exercé la fonction de naẓar al-ḫāṣ : le ḳāḍi Ibn Zanbūr, nommé à cette fonction, au Caire, vers le milieu du VIII^e s. h.[2] ; le ḳādi Ibn Rayyān, nommé à cette fonction, à Damas[3]. Mais on relève aussi un cas de désignation d'un ḳāḍi à cette même fonction, sous le califat de ʿAḍid, dernier calife fatimite, ce qui confirme l'opinion de Maḳrīzi sur les origines de l'institution[4].

De cette fonction, il y a lieu de rapprocher celle du *naẓar al-ḫazāna* ( نظر الخزانة ). Avant l'époque mamluk, cette fonction était d'une grande importance, puisqu'elle avait pour objet la garde de la caisse du trésor public ( مستودع اموال المملكة ). Mais son intérêt faiblit considérablement à partir du jour de la création du naẓar al-ḫāṣ. Elle n'eut plus pour objet que l'intendance des présents qu'offre le souverain. « La coutume s'était établie, dit Maḳrīzi, de ne désigner à cet office qu'un magistrat ou un autre personnage assimilé[5] ».

A part ces services déjà cités, il en existe un certain nombre d'autres indiqués en note avec le nom de quelques ḳāḍi qui en ont été les titulaires[6].

(1) Ḳalḳ., X, 546. (2) Maḳrīzi, IV, 125. (3) Ḳalḳ., XII, 384 ; pour d'autres cas encore, au IX^e s. h., cf. Abū Al-Maḥāsin, VI, 584, 692.

(4) Diplôme d'investiture d'un magistrat, où figure, parmi ses attributions, خزن بيت المال الخاص : Ḳalḳ., X, 343 et ss. (5) Maḳrīzi, III, 367 ; Ḳalḳ., IV, 31. V. deux actes de nomination de kāḍi à cette fonction : Ḳalḳ., XII, 387 ; X, 346. *Adde* Abū Al-Maḥāsin, VI, 515. (6) 1° — *Naẓar al-ǧayš* ( نظر الجيش ) ou encore *naẓar al-ǧuyūš*, qui a pour objet l'administration générale des dotations ( *iḳṭāʿāt* ) de l'armée. Elle aurait disparu, d'après Maḳrīzi, au cours du règne du sultan mamluk Barḳūḳ. Mais on trouve encore des titulaires de cette fonction dans la seconde moitié du IX^e s. h.. Ont été nommés au naẓar al-ǧayš d'Egypte, dans la première moitié du IX^e s. h., les kāḍi Dimašḳi, Bāziri, Maḳsi, Bahāʿ al-dīn ( Maḳrīzi, IV, 140, III, 146 ; Abū Al-Maḥāsin,

Dans d'autres cas, les attributions du magistrat comprenaient non seulement la gestion d'un service, en particulier, mais l'administration générale de tout un district du royaume. C'est là une compétence très importante et significative au point de vue des origines de l'institution judiciaire. Elle constitue, en effet, nous semble-t-il, une survivance de la pratique originaire suivant laquelle le pouvoir judiciaire était exercé par le gouverneur de province. On en trouve des manifestations au début de l'ère abbasside. Sous le calife Manṣūr, Ibn 'Umayra est nommé tout à la fois gouverneur et ḳāḍi de la province de Harāt, en Irak[1]. La même pratique se retrouve encore à l'époque fatimite. Un diplôme est rapporté, de cette époque, renfermant la désignation d'un magistrat comme administrateur de la

V, 128. VI, 515, 811 ). Cette fonction comporte aussi une compétence juridictionnelle, en matière administrative, que nous étudierons plus loin.

2° — *Naẓar al-buyūt wal-ḫāṣiya* (نظر البيوت والخاصية). Le titulaire de cette fonction est le collaborateur de l'*istadār*, qui exerce l'intendance générale de la maison du sultan, ayant autorité sur les courtisans, les esclaves, tout le service du matériel et des cuisines. Au IXe s. h., cette fonction était tombée en désuétude. ( Maḳrīzi, III. 364 ; Ḳalḳ., IV, 31, 191 ). Un kāḍi est nommé spécialement aux fonctions de l'intendance des cuisines ( Ḳalḳ,, XII, 395 ).

3° — *Naẓar al-aswāḳ* ( نظر الاسواق ) ou encore *naẓar dār al-ḍiyāfa wal aswāḳ* (نظر دار الضيافة والاسواق ), qui a pour objet principal le contrôle des marchés des esclaves et des animaux,

4° — *Naẓar al-asra* ( نظر الاسرى ), fonction qui a pour objet l'administration des biens wakf dont les revenus sont affectés au rachat des prisonniers de guerre. Ḳalkašandi rapporte le diplôme par lequel un kāḍi, du nom de Ḳalanisi, est nommé à cette fonction ( Ḳalk., XII, 392 ).

5° — *Naẓar al-ribā'* ( نظر الرباع ) dont l'objet est la gestion des fermes et propriétés rurales du sultan ( diplôme de nomination d'un kāḍi à cette fonction: Ḳalk., XII, 397 ).

6° — *Naẓar al-ǧawāli* (نظر الجوالي). *Ǧawāli* est le nom donné, à la basse époque, à la ǧizya ou capitation imposée aux non-musulmans, ( *ḏimmis* ). Cet impôt était géré au temps des Mamluks, dans la capitale, par le service spécial dit *naẓar al-ǧawāli*.

Ḳalkašandi reproduit le texte du diplôme d'un kāḍi ayant pour attribution aussi le naẓar al-ǧawāli, dans le district de Damiette ( Ḳalk., X, 452 ), texte qui, par ailleurs, contredit, partiellement tout au moins, l'affirmation du même auteur, d'après laquelle la gestion du service des ǧawāli, dans les villes de province, était confiée aux gouverneurs ( Ḳalk., III, 463 ). En 854/1421, le kāḍi 'Aǧami est désigné à la direction des ǧawāli, au Caire ( Abū Al-Maḥāsin, VI, 482 ).

(1) Ibn Al-Ḫaṭīb, IX, 267.

ville d'Alexandrie[1]. Dans un autre diplôme, un ḳāḍi est désigné à l'administration de la ville de Lattaquié[2].

Il y a lieu d'ajouter que les magistrats cumulaient souvent plusieurs fonctions administratives. L'exemple le plus frappant est celui du ḳāḍi al-ḳuḍāt Ibn bint Al-A'azz ,qui aurait été titulaire de dix-sept fonctions diverses. Le fait peut s'expliquer si l'on prend en considération la pratique, admise dans le droit public musulman, de la délégation des offices ; le magistrat, titulaire en principe d'une ou de plusieurs fonctions, pouvait les déléguer, en tout ou en partie, à des vicaires.

Cependant, en conclusion, une observation générale s'impose. Il est possible que, dans beaucoup des cas précités de cumul de fonctions, le titulaire, quoique qualifié par les textes de ḳāḍi, ne soit pas un magistrat en exercice. Nous avons vu, en effet, que le titre de ḳaḍi continuait à être porté par des magistrats sortis de charge[3].

---

## Section IV. — Renvois

En plus des attributions que nous venons d'étudier dans le présent chapitre, la compétence du magistrat s'est, au cours de l'évolution de l'institution judiciaire, étendue à diverses autres matières, telles que la justice extraordinaire des maẓālim, l'administration et la juridiction municipale ou ḥisba, la juridiction répressive et la šurṭa. En conséquence, il nous a paru plus utile de renvoyer l'étude des attributions que le ḳāḍi a exercées en ces diverses matières aux parties de ce travail qui vont être consacrées spécialement à chacun des organismes dont elles relèvent en principe, d'autant que, par un mouvement en sens contraire, les attributions juridictionnelles proprement dites, de la compétence essentielle du ḳāḍi, ont souvent été confiées concurremment aux titulaires de ces organismes mêmes.

---

(1) Ḳalk., X, 356. (2) Ḳalk., XII, 479. — Sur le fonctionnement de tous es offices indiqués au texte, v. encore Nuwayri, VIII, 196 et ss. (3) V. *supra*, 111 et 422, n. 1.

# Deuxième partie

CHAPITRE PREMIER

# LA JUSTICE DES MAZALIM

## Section I. — La notion de mazalim

En dehors de la justice ordinaire qui est exercée par les magistrats judiciaires pour le règlement des conflits d'ordre privé et d'autres situations connexes dont nous avons déjà indiqué les catégories principales, en dehors aussi de la justice qui est exercée par certaines juridictions d'exception dont nous essaierons d'exposer, plus loin, l'organisation et l'étendue de compétence, il a existé, dans le système du droit public musulman, une justice supérieure, dont le champ d'exercice n'est limité par aucune règle fixe et précise et qu'on désigne d'un nom très général : les *maẓālim*.

Cette justice est une justice extraordinaire, dans un sens beaucoup plus exorbitant que celui qui s'attache à cette expression dans la terminologie du droit romain.

La qualité de justice extraordinaire apparaît, dans les maẓālim, à quatre points de vue principaux dont l'exposé nous fixera en même temps sur la notion même de cette justice : point de vue des faits qui sont justiciables de cette procédure et des torts qu'elle a pour objet de redresser ; point de vue de l'autorité compétente pour l'exercice de cette justice ; point de vue de la nature et l'étendue du pouvoir de décision ; point de vue, enfin, des règles de forme et d'instruction.

## §. Ier — Les faits justiciables

Aucun texte, aucune règle écrite ou coutumière ne détermine et ne limite les catégories de litiges, qui sont soumis à la justice des maẓālim. D'une part, son domaine s'étend à tous les conflits qui déjà rentrent dans les attributions de la magistrature kadiale ordinaire et aussi des juridictions d'exception. Mais, d'autre part, par une extension exorbitante, une hypertrophie, de la notion juridique de justice, la procédure des maẓālim a reçu application à toutes sortes de torts causés, non seulement par un individu ou une collectivité ou une administration, mais aussi à beaucoup d'autres préjudices, de natures très diverses, dont peut se trouver victime un particulier, — en somme, à toute situation préjudiciable. Et l'on doit entendre par là non seulement toute violation du droit subjectif d'un individu, mais aussi en soi, une mauvaise application ou d'un défaut d'application des règles objectives du droit, soit dans des cas d'espèces, soit d'une façon générale, tel que la mauvaise gestion d'une fondation ou la négligence dans l'observation des règlements de police.

Mais il faut immédiatement dissiper une équivoque que pourrait faire naître une telle extension de la notion de maẓālim et des attributions qui y rentrent. On pourrait penser que cette institution, lorsqu'elle fonctionne pour redresser des irrégularités dans l'exercice des services publics se confond avec le pouvoir ordinaire de contrôle hiérarchique des organes supérieurs d'administration et de gouvernement, qui est de leur essence même ; de telle sorte qu'ils n'ont pas besoin pour exercer ce contrôle, de recourir au jeu d'une procédure supplémentaire. Cette impression pourrait encore être renforcée par le nombre des diverses attributions, de nature si disparate, qui rentrent dans la compétence des maẓālim. Mais il faut remarquer, en premier lieu, qne les attributions qui ne sont pas de nature essentiellement judiciaire n'ont constitué qu'un apport tardif, inconnu de l'institution des maẓālim dans sa période de formation, comme nous aurons l'occasion de le démontrer. A un point de vue très général, on peut admettre qu'il n'existe pas une différence de nature entre le système des maẓālim dans son principe originel et le système de la justice ordinaire : les deux sont la manifestation du pouvoir du souverain de redresser les torts, conçu dans son acception la plus large. Mais, comme la justice ordinaire fut confiée, à titre de

délégation permanente, à un corps de magistrature distinct et nécessairement inférieur au prince ; qu'elle fut limitée, en principe, aux litiges contentieux et soumise au droit positif, tandis que les maẓālim restaient dans les attributions du souverain, monarque absolu, les deux procédures suivirent, chacune, une évolution dans un sens différent, comportant, pour les maẓālim, un principe d'extension exorbitante. En second lieu, la procédure des maẓālim a été toujours caractérisée par un élément formel, faisant apparaître le débat, quel qu'en soit l'objet, sous la figure d'un débat judiciaire se déroulant devant un juge, contre un adversaire présent ou non présent.

Ces caractéristiques originelles des maẓālim ont été la cause, nous semble-t-il, de ce que toutes les attributions étrangères à la nature essentielle de cette institution qui lui ont été théoriquement reconnues au cours de son évolution sont toujours apparues comme artificielles et n'ont pas reçu une application pratique appréciable.

Pour en revenir à la détermination des faits justiciables, nous ajouterons qu'il faut même aller plus loin, si extraordinaire que cela puisse paraître. La notion de maẓālim dépasse le domaine de la justice considérée dans son acception même la plus large, pour déborder sur le terrain de la morale. Une demande de secours, d'assistance, de subvention formulée par une personne nécessiteuse pourra faire l'objet d'une procédure de maẓālim.

Cette conception morale de la notion de maẓālim apparaît aussi dans une partie de la doctrine. Voici en quels termes très généraux s'exprime Ġazāli : « Les maẓālim consistent à usurper les biens des particuliers, à les atteindre dans leurs vertus morales, à les opprimer dans leurs sentiments, à leur infliger un mauvais traitement dans leur vie مظالم العباد بأخذ اموالهم والتعرض لاعراضهم وتضييق قلوبهم واساءة الخلق في معاشرتهم »[1].

(1) Ġazāli, *Iḥiā' 'ulūm al-dīn*, IV, 375. — Les termes du *ẓulm*, *maẓālim*, sont aussi pris, dans une acception religieuse, dans le sens général de péché, d'acte nuisible au prochain et, par conséquent, interdit par Dieu. Dans ce sens, divers textes du Coran الا لعنة الله على الظالمين . . . انا اعتدنا للظالمين ناراً احاط بهم سرادقها . . . لا تحسبن الله غافلاً عما يعمل الظالمون — وسيعلم الذين ظلموا اي منقلب ينقلبون ; ainsi que divers ḥadīṯ (cf. *Mustaṭraf*, I, 126 s). Se plaçant à ce point de vue de moralité religieuse, Ġazāli dit que le fait de commettre des maẓālim constitue un péché ( خطيئة ) dont on devra rendre compte dans l'autre vie » ( Ġazāli, IV, 373 ),

C'est bien en raison de cette extension hypertrophique de la notion de maẓālim qu'on n'en trouve nulle part, dans les auteurs, une définition satisfaisante. Toutes les formules qui ont été proposées sont vagues, imprécises[1].

Aussi bien, le terme même de maẓālim n'a pas, étymologiquement, un sens spécifique, servant à désigner une notion bien précise, encore moins l'institution connue sous ce nom. *Maẓālim* ( مظالم, pluriel de مظلمة *maẓlama* ; — syn. : *ẓulāma* ظلامة ) dérive du terme *ẓulm* ( ظلم ) qui sert à désigner la violation d'un droit, d'un intérêt légitime et, plus généralement, le fait de subir ou de faire subir un préjudice de quelque ordre qu'il soit, d'une façon imméritée[2]. De ce terme découle le verbe *taẓallama* ( تظلّم ) : se plaindre d'une violation de droit ou d'intérêt, d'un préjudice immérité. Il serait donc même insuffisant de traduire le terme de maẓālim par le terme « torts », pris même dans son acception la plus large. Mais le terme de maẓālim implique aussi, dans la généralité des cas, uu sens de supériorité, de force incoercible, de la part de l'auteur du préjudice à l'égard de celui qui le subit, qui enlève à celui-ci le moyen d'obtenir satisfaction par les moyens légaux ordinaires. L'impuissance du juge peut se manifester, soit après le jugement, le magistrat n'arrivant pas à en assurer l'exécution, soit même avant tout jugement, le magistrat n'osant pas convoquer un plaideur à comparaître devant son tribunal ou, l'ayant convoqué, n'arrivant pas à le forcer à comparaître.

Or, c'est cet élément qui sert à la détermination du fait ressortissant à la procédure des maẓālim, suivant la conception doctrinale, qui se distingue de la conception réelle et historique qui est celle que nous avons déjà indiquée. D'après la conception doctrinale, le fait de maẓālim n'est pas spécifiquement différent du fait d'injustice relevant de la juridiction ordinaire. C'est seulement le fait d'injustice que le juge ordinaire n'arrive pas à réprimer et à sanctionner en

(1) Cf. Māwardi, 73 ; Maḳrīzi, III, 336 ; Ḳalḳ., IV, 205 ; Nuwayri, VI, 265. Les rares orientalistes qui ont traité de l'institution des maẓālim n'ont pas été plus heureux ( cf. Amedroz, *JRAS*, 1911, 635 ). (2) Par extension, le terme sert à désigner le bien même acquis injustement. Les sommes des exactions commises par des fonctionnaires prévaricateurs sont ainsi appelées des « maẓālim » ( Ṭabari, VI, 324 ; *adde*, Māwardi, 78 ).

raison de la puissance supérieure de son auteur[1]. « Les maẓālim, dit Maḳrīzi, constituent les faits que le juge se trouve impuissant à réprimer et que peut réprimer un personnage plus puissant que lui (المظالم . . . هي كل حكم يعجز عنه القاضي فينظر فيه من هو اقوى منه)[2] ».

D'après Ḳalḳašandi, la procédure des maẓālim consiste à « rendre la justice à la victime d'un tort contre celui qui en est l'auteur, délivrer celui qui a raison de celui qui a tort, secourir le faible contre le puissant, assurer l'observation des règles de justice dans le royaume[3] ». Le texte de Māwardi est encore plus explicite. Dans l'énumération que cet auteur fait des différences qui existent entre la procédure des maẓālim et celle de la justice ordinaire, il n'en mentionne aucune qui soit relative à la notion même du fait justiciable de l'une ou de l'autre procédure : toutes celles qu'il énumère se rapportent à deux autres éléments, dont l'un consiste précisément dans l'élément de force supérieure que comporte le fait, justiciable en principe du juge ordinaire, et qui rend vain le recours devant ce juge.

Une conséquence qui sera tirée, en fait, de ce point de vue, consistera à donner à la procédure des maẓālim, un caractère, à certains égards, *subsidiaire*. Puisque le juge des maẓālim n'a de raison d'intervenir que si le juge ordinaire, pour les actions qui rentrent dans sa compétence, apparaît impuissant à assurer lui-même la justice, il faut, tout d'abord, « discuter », si l'on peut ainsi dire, ce juge pour vérifier cette impuissance. C'est pourquoi, souvent, le titulaire des maẓālim renvoie des plaideurs devant le magistrat, sous réserve de se voir de nouveau saisi si l'action devant celui-ci ne peut pas effectivement aboutir, ou, sous forme d'appel, si le jugement est injuste, ce qui constitue un aspect de l'incapacité du juge ordinaire à

(1) Les magistrats comptaient souvent sur leur influence et leur autorité personnelle. Posséder une telle influence et une telle autorité constituait un élément considérable pour la nomination d'un candidat à un poste de magistrature. La chronique rapporte que dans la seconde moitié du IIe s. h., le poste de ḳāḍi de la ville de Baṣra étant devenu vacant, un nommé ʿAbd al-Raḥmān ibn Mahdi, fut proposé comme présentant toutes les qualités requises d'un magistrat ; mais sa candidature fut en définitive écartée, « parce que, dit le texte, il n'avait pas un clan (*ʿašīra* عشيرة) capable de le soutenir et de le défendre envers un puissant personnage contre lequel il viendrait à prononcer une condamnation » (Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 242).

(2) Maḳrīzi, III, 336.

(3) Ḳalḳ., VI, 205 المظالم . . . وهو امر مهم به يقع انصاف المظلوم من الظالم وخلاص المحق من المبطل ونصرة الضعيف على القوي واقامة قوانين العدل في المملكة.

assurer la véritable justice. Ce caractère subsidiaire se manifesta dans sa forme la plus nette au cours de la période mamlūk. La chronique rapporte que le sultan Barḳūḳ, siégeant pour les maẓālim, vérifiait, précisément *in limine litis,* la question du point de savoir si le plaignant s'était, au préalable, adressé vainement au magistrat et que ce n'était que dans l'affirmative qu'il consentait à procéder lui-même au jugement de l'affaire. Dans la négative, non seulement il rejetait en la forme le recours mais faisait infliger une correction au requérant[1]. Il est vrai cependant que la chronique ajoute que c'était là une innovation et que la tradition ne rapporte pas que cette pratique fût antérieurement suivie.

## §. 2. — Autorité compétente

La détermination de l'autorité compétente en matière de maẓālim résulte, principalement, de trois considérations.

a — Si, comme il vient d'être dit, le juge ordinaire[2] se trouve impuissant à assurer la sanction d'un fait relevant de sa compétence, il faut bien avoir recours à une autorité plus puissante contre laquelle ne pourrait pas prévaloir la puissance de l'auteur de ce fait. Le texte de Maḳrīzi, que nous avons cité plus haut, fait nettement ressortir ce point de vue : le ḳāḍi ( entendez : le juge ordinaire ) se trouvant impuissant à connaître d'un procès, c'est un personnage plus puissant qui en connaîtra. Ce même point de vue est exposé par Māwardi. La procédure des maẓālim consiste à assurer la justice en mettant à son service une force supérieure. C'est pourquoi, ajoute cet auteur, le titulaire des fonctions de maẓālim doit être un personnage dont l'autorité est indiscutable, dont la puissance peut prévaloir contre toute puissance contraire... ; il doit posséder une in-

(1) Zreik, 17.

(2) Il est bien entendu que lorsque nous parlons de la magistrature ordinaire, des attributions de cette magistrature, il s'agit non seulement des magistrats de l'ordre kadial et de leurs attributions, mais aussi de tous magistrats — ordinaires ou d'exception — ayant pouvoir de juridiction. Rentrent donc dans cette catégorie aussi bien que les magistrats de l'ordre kadial les officiers publics exerçant la juridiction criminelle, comme ceux de la šurṭa, les tribunaux d'exception, comme le tribunal de ḳāḍi al-ʿaskar, de même que les tribunaux exerçant une compétence concurrente à celle des ḳāḍi comme le tribunal de ḥāǧib. (Sur tous ces tribunaux d'exception v. *infra*).

fluence supérieure[1]. En conséquence, la plupart des caractéristiques de la procédure des maẓālim supposent chez le titulaire de cette fonction le pouvoir d'employer cette influence et cette force supérieures et incoercibles. « Le titulaire des maẓālim, dit Māwardi, doit posséder, pour l'exercice de ses fonctions, pour assurer l'application des règles de justice, une autorité et une puissance de contrainte que ne possèdent pas les ḳāḍi ; ... il peut, dans la recherche de la vérité, employer des moyens comminatoires, des moyens de contrainte[2] ».

b — Comme nous le verrons bientôt, la procédure des maẓālim est une procédure arbitraire quant au pouvoir de décision et aux moyens de preuve ; elle ne comporte pas les limitations et les réglementations strictes de la procédure ordinaire. Elle ne saurait donc être appliquée que par des personnages auquel la loi n'impose pas de telles restrictions dans l'exercice de leurs pouvoirs. Comme le titulaire des maẓālim est naturellement appelé à prononcer des décisions dont le principe ne se trouve pas dans la loi positive, ou est, même, contraire aux textes de cette loi, il faut bien qu'il puisse trouver en lui-même le principe qui justifiera ces décisions.

c — Les divers actes justiciables de la procédure des maẓālim débordent, ainsi qu'on l'a déjà indiqué, le domaine de la justice ordinaire et ils peuvent provenir de l'action de particuliers, de collectivités, de corps constitués etc. L'injustice qu'ils peuvent entraîner n'est pas seulement l'injustice *stricto sensu*. Il faut donc que le personnage chargé de la justice des maẓālim soit un personnage qui, de par sa situation personnelle, se trouve avoir autorité de droit et de fait sur tout le monde, et à propos de tous faits ; qu'il constitue, naturellement, le recours suprême dont la compétence ne puisse, sur aucun terrain et en vertu d'aucun principe, être récusée. Seul, le prince, monarque absolu d'un Etat, réunit les qualités nécessaires correspondant à ces trois ordres de considérations[3].

(1) Māwardi, 73 نظر المظالم هو قود المتظالمين الى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة فكان من شروط الناظر فيها ان يكون جليل القدر نافذ الامر عظيم الهيبة . . . لانه يحتاج في نظره الى سطوة الحماة . (2) Māwardi, 79. (3) Une objection peut être soulevée, quant au monarque musulman. En théorie, celui-ci n'est pas considéré comme supérieur à la loi, comme créateur de la loi ; il y est, au contraire, soumis, en raison du caractère religieux de la loi, de son origine divine. Mais, en fait, il ne sera pas tenu un

L'exercice des maẓālim apparaîtra, en Islam, comme un des attributs les plus caractéristiques et les plus éclatants du pouvoir suprême. Il sera en liaison étroite avec le mouvement d'ascension ou de décadence de l'autorité royale. Le prince — calife, sultan ou émir — jaloux de son autorité, conscient de son devoir et de sa dignité, tiendra à la pratique de cette procédure. Et l'on verra, au cours de l'histoire des dynasties islamiques, qu'un des premiers soins d'un chef, qui arrive à secouer le joug de l'autorité centrale et à s'ériger en prince indépendant, sera de tenir des audiences de maẓālim, qui consacreront et illustreront aux yeux du public la nouvelle souveraineté. Au contraire, la période de décadence d'une dynastie ou d'un règne sera caractérisée par un abandon progressif et souvent total de la pratique des maẓālim. Le ministre tout-puissant ou tout autre personnage exerçant en fait le pouvoir se substitueront au monarque.

L'exercice des maẓālim par le souverain n'apparaît pas comme distinct de l'exercice de la juridiction ordinaire. Les deux procédures ne sont chez lui que la manifestation, en des formes différentes, d'un même principe de pouvoir. L'exercice des maẓālim par les gouverneurs de province ou par les ministres n'est qu'un aspect et une application de l'attribut essentiel du souverain en cette matière. Ils n'exercent cette justice que dans la mesure — théorique ou effective — où ils représentent le prince. Il n'y aura pas, en principe, pour les maẓālim, une délégation permanente à des magistrats constitués en un corps autonome et distinct.

Sans doute, comme on le verra par la suite, il existera, à partir d'une certaine époque, une fonction distincte des maẓālim, ayant des titulaires attitrés. Elle figurera dans la hiérarchie des fonctions publiques. Mais il apparaît nettement que, dès que cette fonction se trouvera ainsi détachée de la personnalité de celui en qui réside, en théorie et en fait ou même seulement en fait, le pouvoir souverain, elle ne pourra plus s'exercer suivant la mesure propre à sa nature originelle et n'y développera pas tous ses effets ; elle sera, ramenée à un plan inférieur ; et comme ce plan ne lui fournira pas le milieu adapté à sa nature, les éléments nécessaires à son genre de vie propre, elle ne fera alors que végéter. On ne peut pas expliquer

compte exact de ce principe théorique. Même, des justifications théoriques ont pu être produites pour légitimer le pouvoir du souverain, son activité extra-légale, qui était, souvent, en réalité, illégale.

autrement qu'une fonction intrinsèquement si importante, ait pu être placée à un rang inférieur à celui de la magistrature ordinaire, comme elle l'a été à certaines époques.

L'exercice des maẓālim dans ces conditions n'aura pas pour effet d'exclure leur exercice par le souverain ou son représentant, non seulement comme l'existence de la fonction kadiale n'a pas pu exclure l'exercice de la justice ordinaire par le souverain, mais dans une mesure infiniment plus large : du fait de la dévolution du contentieux juridictionnel ordinaire à la magistrature kadiale, l'exercice de ce contentieux par le souverain n'a plus eu lieu que très rarement et n'a subsisté qu'à titre de principe ; l'attribution des mazālim à un corps distinct de fonctionnaire n'a diminué, ni en droit, ni en fait, l'exercice de cette forme de justice par le souverain.

## §. 3. — Le pouvoir de décision

La nature et l'étendue du pouvoir de décision en matière de maẓālim sont en liaison étroite avec la nature de l'autorité chargée de l'exercice de cette forme de justice. Cette autorité étant essentiellement le souverain, le pouvoir de décision se trouvera modelé sur cette autorité, sera, lui aussi, souverain, absolu. Appliquée aux matières judiciaires, la justice des maẓālim apparaît comme une révolte du droit contre le rigorisme de la loi positive, du *šarʿ* : elle s'est affranchie des entraves et des impératifs de cette loi.

La doctrine relève cette caractéristique de la justice des maẓālim en termes très nets. Voici ce que dit Māwardi, dans la comparaison qu'il fait entre les maẓālim et la justice ordinaire ; « Les ḳāḍi ne peuvent statuer que suivant les règles imposées par le šarʿ, tandis que les juges des maẓālim ne sont pas liés par de telles règles ; leur liberté n'est limitée que par les seules prescriptions légales qui établissent des interdictions expresses ».

En fait, même si l'on considère encore la justice des maẓālim s'appliquant aux matières qui rentrent normalement dans la compétence de la magistrature ordinaire, cette justice comprend tout à la fois le pouvoir de *jurisdictio* et d'*imperium* : on en verra la justification dans la suite de ces développements.

L'étendue du pouvoir de décision, en matière de maẓālim, apparaît notamment à trois point de vue que dégage la doctrinc.

a — Quant à la détermination de la sanction de l'acte d'injustice, le juge des maẓālim possède entière liberté. Ainsi dans une matière civile, il peut appliquer une sanction pénale. « Il peut infliger, dit Māwardi, à un plaideur dont l'action injuste est établie des mesures de répresssion[1] ». Inutile de dire que dans le choix même de la mesure de répression, le pouvoir du juge des maẓālim est discrétionnaire. La sanction peut aussi être double, pénale et civile. Le souverain peut, même, à l'occasion d'un procès, édicter des sanctions de caractère réglementaire ou législatif. Cependant, dans la notion doctrinale des maẓalim, une restriction considérable est apportée à ce pouvoir. Les auteurs enseignent que, dans les matières du contentieux judiciaire ordinaire, c'est-à-dire, les litiges qu'aucun élément de droit n'empêche d'être soumis au juge ordinaire, le juge des maẓālim ne peut prononcer une sanction que le juge ordinaire n'aurait pas pouvoir de prononcer[2].

b — Le juge des maẓālim peut, à discrétion, différer le prononcé de la sentence. « Il lui est loisible, dit Māwardi, de renvoyer, dans un intérêt supérieur de justice, le prononcé de sa sentence, suivant une entière liberté d'appréciation, tandis que le ḳāḍi, s'il est sollicité par l'une des parties de rendre son jugement, ne peut le différer[3] ».

Il peut, après avoir lui-même instruit l'affaire, déléguer le pouvoir de rendre la décision à un tiers. Cette délégation peut être limitée, se faire suivant les modalités et dans la mesure autorisées par le droit positif. Les textes rapportent que, souvent le juge des maẓālim se faisait assister par des magistrats de l'ordre judiciaire et qu'il arrivait qu'il leur déléguât le soin de juger les affaires qui étaient de leur compétence normale. Naturellement, le magistrat ainsi saisi ne pouvait statuer que dans les termes du droit commun. Mais dans d'autres cas la délégation était beaucoup plus large. « Le juge de maẓālim peut renvoyer les parties devant de tiers arbitres, amiables compositeurs, tandis que le ḳāḍi ne pourrait ainsi faire qu'avec l'assentiment des plaideurs mêmes[4] ».

(1) Māwardi, 79. (2) *Ibid.*; Nuwayri, VI, 274. (3) Māwardi, *eod loc.* (4) Māwardi, 79.

Le juge des maẓālim, peut, enfin, se récuser et refuser de prononcer de décision, et il ne serait pas coupable de déni de justice[1]. La juridiction des maẓālim est, donc, à ce point de vue, facultative.

Elle est aussi facultative à un autre point de vue, encore plus général. Elle ne constitue pas un service de justice essentiellement permanent. On ne conçoit pas, dans un Etat, que le service ordinaire de la justice s'arrête dans son fonctionnement ; mais cela est possible pour le service des maẓālim. La tenue des audiences de maẓālim dépend en principe du bon plaisir du souverain, du ministre ou du gouverneur. En fait, à beaucoup d'époques, le fonctionnement de cette forme de justice s'est trouvé suspendu.

## §. 4. — La procédure

Aucune règle de procédure ne lie le juge des maẓālim. L'action peut être exercée d'office, même s'il s'agit d'une action purement civile. La demande du plaideur n'apparaît même pas, lorsqu'elle se produit, comme la condition de la saisine du juge. Elle n'a pour effet que de signaler l'injustice à l'autorité. La comparution, voire même, la citation de l'adversaire n'est pas obligatoire ; on voit beaucoup de cas de maẓālim où le demandeur, seul, comparaît et obtient justice.

Le titulaire des maẓālim peut se dispenser lui-même d'entendre les parties. Souvent l'instruction de la demande est confiée à un tiers. Des fonctionnaires spéciaux étaient désignés à cet effet. Ceux à qui le souverain ou les ministres ou les gouverneurs déléguaient les maẓālim, et qui portaient même le titre de *ṣāḥib al-maẓālim*, voyaient souvent, leurs pouvoirs limités à ce double objet : recevoir les plaintes, rassembler et présenter au délégant les preuves et les éléments de décision.

Le juge des maẓālim constitue librement sa conviction. Aucun

(1) Ainsi, le calife Ma'mūn refuse d'entendre la plainte d'un chrétien qui, à plusieurs reprises, lui avait demandé justice ( Ṭayfūr, 101 ). C'est à ce point de vue qu'il faut se placer pour interpréter et s'expliquer les formules vagues que parfois les califes ou les ministres, reprenant une tradition des anciens rois persans, apposaient sur les requêtes des maẓālim et qui comportaient en réalité une fin de non-recevoir pure et simple ( comme exemples de telles formules, v. *'Iḳd*, II, 229 et s. ).

système de preuves légales ne s'impose à lui, comme on va le voir immédiatement. Il peut, dit Māwardi, employer, dans la recherche de la vérité, des moyens comminatoires et de contrainte, admettre des moyens de preuve résultant d'indices et de présomptions ; — il peut entendre des témoignages qui ne sont pas légalement admissibles devant les ḳāḍi ; il peut faire prêter serment aux témoins et exiger la production d'autant de témoignages qu'il le juge nécessaire pour la formation de sa conviction[1] ; il peut, avant même d'entendre les parties, commencer la procédure par l'audition des témoins, — autant de règles qui n'ont pas lieu en procédure ordinaire.

L'organisation du tribunal des maẓālim n'est pas soumise à des règles biens fixes. Sans doute, il y a toujours le titulaire même de la fonction, ou son délégué, encore que les attributions de ce dernier puissent être plus ou moins étendues, comprendre ou non le pouvoir de décision, comme on vient de l'indiquer. Mais, en plus, ce titulaire ou le délégué statue, tantôt, seul, tantôt, assisté d'assesseurs. Le rôle de ces assesseurs n'est pas toujours le même : tantôt, ils participent à l'audience, à titre passif, pour rehausser le prestige de l'autorité du chef ; tantôt, celui-ci leur délègue une partie de ses pouvoirs.

On voit bien par ce qui précède qu'il n'y a lieu de faire aucun essai de rapprochement entre la procédure des maẓālim que nous avons dû qualifier d'extraordinaire et la procédure extraordinaire du droit romain. Les deux institutions sont différentes à tous égards, dans leur fonctionnement pratique ; elles le sont aussi quant à leurs origines. Tandis que la procédure romaine extraordinaire est issue d'une sorte d'empiètement du pouvoir administratif sur le judiciaire, de l'exercice par les gouverneurs de province des attributions juridictionnelles qui, dans le système général romain, étaient pourvues de titulaires distincts, la procédure des maẓālim, dans le système musulman, n'a été qu'une manifestation du pouvoir juridictionnel et d'*imperium* tout à la fois, qui constituait une des prérogatives essentielles du haut fonctionnaire, tel que le gouverneur de province ou

(1) Dans le système légal musulman, la prestation du serment par les témoins n'est pas obligatoire ; elle ne peut avoir lieu que sur la demande de l'une des parties au procès. En tout cas, le serment n'est prêté, que postérieurement à la déposition ; il est confirmatoire et non promissoire. D'autre part, en droit commun, le ḳāḍi se trouve lié par les preuves administrées légalement devant lui : il ne lui est plus loisible, une fois que deux dépositions conformes à la prétention de l'un des deux plaideurs ont été fournies, exiger un supplément d'information. Le système est un système de preuves légales.

le ministre ou du prince, chef de la communauté islamique ; de telle sorte que l'on peut dire que, si, en droit romain, la procédure extraordinaire est née de l'insuffisance de la procédure ordinaire, en droit musulman, la procédure ordinaire est née de l'insuffisance de la procédure extraordinaire.

Nous nous mettons aussi en garde contre les termes : juridiction, juge,tribunal, que nous avons dû souvent employer. Il ne s'agit pas, en effet, dans les maẓālim, exclusivement, de dire le droit entre deux plaideurs ou d'assurer la protection du droit d'un plaideur unique ; il ne s'agit pas d'un juge qui, pour entamer la procédure, doit, en principe, attendre d'être saisi par l'intéressé ; il ne s'agit pas d'un organisme distinct, spécialement institué pour dire le droit. C'est pourquoi dans la terminologie des auteurs de droit public, des historiens et des chroniqueurs, l'institution des maẓālim ne porte pas le nom de *ḳaḍā'* ( juridiction ), par lequel on désigne la fonction judiciaire proprement dite ; on l'appelle du nom même de *maẓālim*. L'organisme qui, à partir d'une certaine époque, a été institué, pour connaître, sous l'autorité du prince, du ministre ou du gouverneur, des affaires de maẓālim, a été appelé *wilāyat* ou *naẓar al-maẓālim* ( fonction des maẓālim ) ; le fonctionnaire, titulaire de cette charge, n'est pas appelé un juge, un ḳāḍi, mais *ṣāḥib al-maẓālim*. ou *wāli al-maẓālim* ou *nāẓir al-mazālim* ( maître des maẓālim ).

C'est pour toutes ces raisons que la procédure des maẓālim ne se trouve pas intégrée dans le système du fiḳh, du droit positif musulman ; elle est *extra-ordinem*[1]. Exception faite pour l'école malékite, on chercherait vainement dans les ouvrages du droit proprement dits, les traités de fiḳh, les recueils de réponses, l'exposé de l'institution des maẓālim. Sous réserve de ce qui sera dit plus loin,

(1) C'est pourquoi aucune référence aux règles du droit positif n'est nécessaire en principe pour les décisions en matière de maẓālim. La seule équité suffit comme base de ces décisions. La référence au droit positif n'était, cependant, pas interdite et on peut citer des cas où l'on voit le juge des maẓālim tenir à justifier ses décisions en droit, en les basant sur des textes de la loi ( cf. Ibn Al-Ḫaṭīb, IV, 285. سمعت احمد بن عمر الوكيعي يقول: وليت المظالم بمرو اثنتي عشرة سنة فلم يرد علي حكم الا وانا احفظ فيه حديثاً فلم احتج الى الرأي ولا الى اصحابه ).

Même, dans certains diplômes de nomination à un poste de maẓālim, il est recommandé au nouveau titulaire « de conformer ses décisions aux préceptes du *šar'* ». Mais je ne pense pas que de telles formules aient constitué des prescriptions impératives ; elles étaient, d'ailleurs, immédiatement corrigées par d'autres formules, contenant recommandation de juger « suivant la justice », simplement ( cf., par ex., Ḳalḳ., X, 334 ).

les fuḳaha refusent de considérer cette institution comme une institution du šar'. Ce sont seulement les auteurs de droit public, comme Māwardi, Abū-Yūsof, les historiens et encyclopédistes, comme Maḳrīzi, Ḳalḳašandi, Nuwayri, qui reconnaissent l'existence des maẓālim et en détaillent les règles d'organisation et de fonctionnement[1].

---

## Section II. — La notion restreinte de mazalim ( siyasa )

A côté de cette notion si étendue et vraiment arbitraire de maẓālim, restée par le fait même en dehors du système juridique positif, il est apparu au cours de l'évolution du droit musulman, une autre notion, de moindre envergure, moins exorbitante, celle de la *siyāsa* ( السياسة ). Elle est, encore, désignée couramment par le nom de maẓālim ; aussi bien, les auteurs n'ont jamais fait eux-mêmes une distinction formelle entre les deux acceptions de ce terme : d'où la difficulté de dégager un critère précis pour la détermination de cette nouvelle notion.

Dans la plupart des écoles — ḥanafite, šafi'ite, ḥanbalite, — la notion de maẓālim, entendue dans le sens de la *siyāsa*, est encore restée en dehors du système légal du fiḳh ; les fuḳaha, dans leurs

(1) Etant donné l'extension des attributions des maẓālim, la question peut se poser de la portée de la concurrence qui a pu être faite par cette forme de procédure à la juridiction ordinaire. De cette concurrence, on peut dire, d'une façon générale, que c'est la juridiction ordinaire qui est sortie victorieuse. Sans doute, lorsque le pouvoir souverain est fort et reste attentif à l'exercice de toutes ses prérogatives, l'institution des maẓālim a tendance à absorber la compétence de la magistrature kadiale. Comme manifestation caractéristique de cette tendance, on peut citer le cas des princes d'Egypte, Ibn Ṭūlūn et Kāfūr ; ils étaient, dit la chronique, tellement assidus à l'exercice de la justice des maẓālim et les justiciables préféraient à tel point porter leur procès à leur tribunal que l'acvité des magistrats s'en trouva comme paralysée. Mais ce ne furent là que des manifestations sporadiques, accidentelles. Le caractère facultatif et subsidiaire de la procédure des maẓālim et l'inexistence d'un corps distinct de magistrature suffisamment organisé et puissant pour exercer cette forme de justice à la place du souverain, du ministre ou du gouverneur, nécessairement incapables de l'exercer eux-mêmes d'une façon adéquate, devaient constituer autant d'éléments de faiblesse qui amèneront en définitive la décadence de l'institution, dont profitera, la juridiction kadiale ordinaire.

traités, affectent de l'ignorer. Mais les auteurs de droit public, les historiens et les encyclopédistes l'admettent, en la faisant rentrer dans la notion générale de maẓālim. Le maḏhab malékite va même plus loin ; les auteurs de cette école admettent formellement qu'il existe une notion de maẓālim, entendue dans le sens de siyāsa, qui fait partie du *corpus juris* musulman, du *šar'*. Ils l'appellent *al-siyāsa al-šar'yya* ( السياسة الشرعية ).

D'une façon générale, le terme *siyāsa* ( sens littéral et courant : politique ) désigne, en droit, le procédé par lequel on fait prévaloir une solution, au delà du droit strict, conformément à la double considération de l'utile et du possible[1]. A ce point de vue, la siyāsa apparaît comme une des modalités suivant lesquelles s'exerce la justice des maẓālim *lato sensu*. C'est ainsi que Māwardi, dans les développements mêmes consacrés aux maẓālim, emploie, à plusieurs reprises, ce terme, proclamant que le titulaire des maẓālim statue suivant les exigences de la siyāsa[2]. Il ajoute en termes équivalents : « La justice des maẓālim est basée sur la notion de l'utile (نظر المظالم موضوع على الاصلح)[3] ». Mais ce même procédé a été appliqué aux matières juridiques rentrant dans l'ordre des conflits qui relèvent, en principe, de la justice ordinaire, c'est-à-dire, soit les conflits déjà intégrés dans le contentieux attribué à la magistrature kadiale ordinaire, suivant les préceptes du šar', et dans la justice répressive, soit d'autres conflits de même nature qui s'y sont ajoutés par analogie, en raison de « l'utilité » pratique et sociale. Partant de là, il a été admis, dans les systèmes de fiḳh les plus orthodoxes, que le juge ordinaire peut lui-même appliquer le procédé de la siyāsa, dans certains cas exceptionnels. C'est ainsi que cette notion est invoquée par les fuḳaha pour justifier les diverses solutions d'espèce ou les diverses règles de droit pour lesquelles on n'a pas trouvé de bases légales dans le šar' proprement dit et qui se sont constituées en marge ou même contrairement à lui. Par exemple, dans tous les cas où la peine de mort ne peut pas être infligée en vertu des dispositions du šar', mais où son application se trouve impérieusement postulée par les nécessités pratiques, les jurisconsules consacrent cette solution en invoquant la siyāsa ; ils distinguent entre l'action des ayants droits au *ḳiṣāṣ* ( talion ), aux fins d'application de la peine de mort, seule autorisée

(1) Cf. Tyan, *Méthodologie et sources du droit en Islam*. in *Studia islamica*, 1959, p. 79 et s. (2) Māwardi, 80, 81, 84. (3) Māwardi, 88.

par le šar', et l'action, ayant le même objet, mais intentée par l'autorité publique, et qui est recevable en vertu de la siyāsa[1]. Le madhab malékite a admis que le magistrat kadial possède, à titre ordi, naire, le pouvoir de statuer conformément à la siyāsa[2]. Cependant-dans l'organisation judiciaire islamique des pays soumis aux doctrines des autres madhab, il a existé, à partir d'une certaine époque' des juridictions dont le statut était à base de siyāsa.

Or, les actes contraires au droit et donnant lieu à des litiges — qu'ils fussent déférés à de telles juridictions ou à la juridiction kadiale ordinaire — qui comportaient, pour leur règlement, l'application du procédé de la siyāsa, étaient aussi désigné du nom de maẓālim. « La fonction qui s'exerce suivant les principes de la siyāsa, dit Ibn Farḥūn, est celle qui a pour objet la recherche des maẓālim » (الولاية السياسية وهي ولاية الكشف عن المظالم)[3]. « La justice des maẓālim, dit encore plus nettement Makrīzi, est connue, en Egypte et en Syrie, depuis la dynastie des Mamluks turcs, sous le nom de la justice suivant la siyāsa » (قد عرف النظر في المظالم منذ عهد الدولة التركية بديار مصر والشام بحكم السياسة)[4].

*Caractéristiques de la justice de la siyāsa* — Ces caractéristiques constituent autant de signes qui distinguent la justice de la siyāsa de celle des maẓālim proprement dites.

a — La justice de la siyāsa est bien — en comparaison avec a justice kadiale, — extraordinaire mais dans une mesure beaucoup moins exorbitante que la justice des maẓālim. Cette proposition se justifie aux quatre différents points de vue auxquels le caractère extraordinaire des maẓālim nous est apparu.

1 — Au point de vue de la compétence, le domaine d'application de la siyāsa est, en principe, essentiellement le même que celui de la justice ordinaire, c'est-à-dire qu'il comprend les conflits privés qui sont de la compétence du juge ordinaire, ainsi que la justice criminelle ; il n'a jamais débordé sur les actes d'injustice suivant la notion exorbitante des maẓālim. Même, la caractéristique originelle de cette dernière notion, savoir la force incoercible qui rend le juge ordinaire impuissant à assurer la répression de l'acte d'injustice, au

(1) Saraḫsi, XXVI, 124 ; cf. Tyan, *Resp. dél.*, 112. (2) Ibn Farḥūn, II, 104 et s. (3) Ibn Farḥūn, II, 110, (4) Maḳrīzi, III, 339.

sens strict, ne se retrouve pas dans l'acte d'injustice relevant de la siyāsa : il n'est pas besoin, pour que cette forme de justice s'exerce, qu'il s'agisse d'une violation de droit que le juge ordinaire est impuissant, en fait, à réprimer.

La justice de siyāsa n'a donc pas le caractère subsidiaire de la justice des maẓālim, ni en droit, ni en fait ; — en droit, pour les raisons qui viennent d'être indiquées ; en fait, parce qu'il n'existe pas — à notre connaissance, tout au moins — des exemples analogues à ceux tirés de la procédure des maẓālim, dans lesquels on voit un magistrat, spécialement désigné pour statuer suivant la siyāsa, renvoyer les parties devant la juridiction kadiale, motif pris de ce que le cas ne présente pas encore les signes démontrant l'insuffisance de cette juridiction à assurer effectivement la justice.

Sans doute, en vertu de l'idée de siyāsa, le juge pourra réprimer au civil comme au pénal, des actes qui ne sont pas prévus par le texte de la loi positive, le šar'. Mais il n'y a là qu'une considération d'ordre formel. Dans leur nature même, de tels actes constituent toujours des actes d'injustice ordinaire ; ainsi, l'acte qui, d'après les préceptes rigides du šar', ne remplit pas les conditions nécessaires pour motiver une condamnation à mort, mais qui, en fait, entraîne un trouble très grave à l'ordre public, constitue bien, objectivement, un acte d'injustice : ce n'est pas sa nature, ni même la puissance de son auteur, qui empêche le juge ordinaire de le réprimer, mais seulement les limitations artificielles du texte légal.

2 — En matière de procédure, l'écart entre la justice ordinaire et la justice de la siyāsa est le même qu'en matière de compétence : si la siyāsa a beaucoup plus de liberté dans le choix et l'application des mesures d'instruction, cette liberté n'aboutit pas, comme en matière de maẓālim, à un pouvoir purement discrétionnaire. Les règles essentielles de la procédure judiciaire restent sauves. Ibn Farḥūn énumère les diverses caractéristiques de la procédure de la siyāsa ; ce sont les mêmes, il est vrai, que celles des maẓālim, telles que nous les avons vues énumérées dans le texte de Māwardi. Mais nous avons vu que la procédure des maẓālim peut devenir, en fait, souvent, arbitraire : décisions rendues sur la seule plainte du demandeur, sans convocation du défendeur, action d'office du juge des maẓālim, autant de règles qui n'ont pas lieu en matière de siyāsa. L'organisation du tribunal, investi de l'autorité de la siyāsa, est loin de ressembler à celle du tribunal des maẓālim. Le juge de la siyāsa ne possède pas

le même pouvoir que le juge des maẓālim, de composer son tribunal comme il l'entend, suivant les circonstances. Le pouvoir de décision lui est attribué personnellement et il ne peut le déléguer que dans la mesure où le juge ordinaire possède ce pouvoir.

3 — Le pouvoir de décision en matière de siyāsa, s'il présente encore des analogies avec le pouvoir de décision en matière de maẓālim, en diffère sur un point essentiel. Le juge statuant suivant la siyāsa n'a pas le droit de refuser de se prononcer sur un litige. La justice de la siyāsa n'est donc pas, comme celle des maẓālim, facultative, mais, comme la justice ordinaire, obligatoire.

4 — La procédure de la siyāsa n'apparaît pas, à la différence de celle des maẓālim, comme l'exercice du pouvoir suprême de justice par le souverain. C'est pourquoi, le titulaire du droit de justice, selon le procédé de la siyāsa, n'est pas le souverain, comme l'est, en principe, le titulaire des maẓālim. Ce peut être le juge ordinaire ; et ce, non point en vertu d'une délégation expresse et formelle, comme dans les cas où la justice des maẓālim est déléguée à un magistrat ; le juge ordinaire, statuant selon la siyāsa ne voit pas une qualité nouvelle s'ajouter à sa condition essentielle ; seulement, dans le domaine même de ses attributions propres, sa liberté d'appréciation et de décision, dégagée des entraves de la légalité stricte, s'élargit. Ce peut être aussi un juge spécial, pris dans le cadre des fonctionnaires supérieurs de l'Etat, tel que le ḥāǧib, à l'époque mamluk, mais qui a un statut de juridiction proprement dite, ne consistant pas en une délégation précaire du souverain, comme dans le statut des titulaires spéciaux des maẓālim.

L'autorité ainsi chargée de la juridiction selon la siyāsa se trouve intégrée dans l'organisation judiciaire ordinaire ; elle doit fonctionner dans les mêmes conditions générales que les autres organismes judiciaires. On pourrait la comparer — sans pousser trop loin l'analogie, — à une juridiction d'exception par rapport aux juridictions de droit commun. Le service de cette forme de justice doit, en conséquence, être assuré, comme la justice ordinaire, d'une façon continue. La justice des maẓālim n'est pas, elle, obligatoire pour le souverain : on conçoit alors — comme cela s'est produit, en fait, — que le souverain s'abstienne, tant personnellement que par l'organe de représentants, de l'exercer ; mais, pour la procédure de la siyāsa, on ne conçoit pas, l'organisme existant, un arrêt dans son fonctionnement, dans les mêmes conditions où l'on ne conçoit pas un arrêt

dans le fonctionnement de la magistrature kadiale. La justice, selon la siyāsa, est, encore en ce sens, obligatoire.

b — Alors que la justice des maẓālim est supérieure à la justice ordinaire, la justice selon la siyāsa lui est simplement concurrente. Ce caractère apparaît tout d'abord au point de vue de la compétence, nous l'avons déjà noté. Mais il apparaît encore à un autre point de vue : le titulaire des maẓālim possède un pouvoir de contrôle général sur l'administration de la justice ; à ce titre, il est qualifié pour connaître des recours exercés contre les décisions judiciaires des ḳāḍi ; aucun pouvoir de ce genre n'est reconnu au juge statuant selon la siyāsa.

*Développement historique* — L'apparition de procédure de la siyāsa est bien postérieure à l'institution des maẓālim. Celle-ci est née du fonctionnement naturel du pouvoir monarchique; elle a donc pu apparaître de bonne heure ; elle n'a pas eu besoin de susciter la création d'un organisme nouveau par lequel elle eût pu se manifester, ni provoquer l'extension du pouvoir d'un organisme préexistant. Il n'en fut pas de même pour la siyāsa. Appliquée par les juges de l'ordre kadial, il lui a fallu le temps de forcer leur résistance à statuer suivant des procédés contraires à ceux de la loi positive qui, en principe, étaient pratiqués par eux. Quant à un organisme distinct, spécialement institué pour juger d'après les procédés de la siyāsa, ce n'est qu'à une époque bien tardive qu'il apparaît. Suivant le texte de Maḳrīzi, déjà cité, l'admission, en Orient, de cette forme de justice connue sous le nom de siyāsa, indépendante de la procédure proprement dite des maẓālim et mise en pratique en dehors de cette procédure, n'a eu lieu qu'au cours de la période de la dynastie turque mamluk[1]. Elle est en vigueur dans la suite de l'époque mamluk, mais elle ne tarde pas à s'étioler.

---

(1) Ibn Ḫaldūn, 222, 226. — Ce qui confirmerait le fait c'est l'explication donnée par Maḳrīzi sur la façon d'après laquelle le procédé de la siyāsa se serait introduit historiquement dans la pratique judiciaire. Le terme siyāsa serait une corruption arabe d'un mot étranger, *yāsa* (ياسه), employé chez les peuplades tartares qui, sous la conduite de Hulāgu, avaient, au VIe s. h., envahi la partie orientale du monde musulman. Ce terme désignait le code des lois qu'avaient édictées Genkis-Khan à l'usage de ses sujets. Or, lorsque les envahisseurs se furent établis, soit dans les pays qui restèrent soumis à leur

## Section III. — Les attributions des mazalim

L'analyse que nous avons essayé de faire de la notion des maẓālim a permis de dégager une idée générale quoique sommaire sur l'étendue de compétence de cette forme de justice. Il y a lieu, dans la présente section, de déterminer l'étendue de cette compétence, en indiquant les diverses attributions qu'elle comprend. Tout en reconnaissant qu'il n'est pas possible, à cet égard, de dégager des règles très précises, étant donné le caractère même de l'institution, qui suppose l'exercice d'une autorité et d'un contrôle suprêmes sur le fonctionnement de tous les services publics, chaque fois qu'il porte atteinte à un intérêt légitime ; étant donné aussi que l'institution

domination, soit, par émigration, dans les pays limitrophes ou voisins, comme l'Egypte, les principes de ce code furent largement mêlés aux règles du droit musulman et il en résulta un composé hybride, distinct du droit positif reconnu, en Islam, mais qui continua à régir tous les groupements des conquérants et tous autres qui subirent leur influence. Les principes de ce code donnaient au juge de très larges pouvoirs de statuer suivant les us et coutumes et suivant l'équité ( Maḳrīzi, III, 357 et s. ).

Nous n'insisterons pas sur le caractère artificiel et arbitraire de cette prétendue parenté entre les termes siyāsa et yāsa. Nous ferons seulement remarquer, d'abord, que la base du raisonnement de Maḳrīzi est erronée. Le pays qui, au VIe s. h., constituait le centre principal du monde musulman, particulièrement au point de vue du développement des institutions juridiques, l'Egypte des Mamluks, n'avait jamais été envahi par les conquérants tartares. Ceux-ci, sous la conduite de Hulāgu, n'avaient réussi qu'à conquérir, temporairement, une partie de la Syrie, — Alep et Damas — et, Hulāgu ayant dû rentrer précipitamment en Perse, le reste de son armée fut anéanti par les Mamluks, en 658/1259, à la fameuse bataille de ʿAin-Gālūt, en Palestine. Les Mamluks continuèrent à régir l'Egypte et la Syrie ; les principes de la loi, antérieurement en vigueur, restèrent en application, influencés, tout au plus, par les éléments tirés de leur propre gouvernement qui était étranger à toute pénétration tartare. Et l'on ne peut pas admettre, dans l'hypothèse où des groupements de cette population se furent établis en Egypte ou en Syrie, sous la domination mamluk, que leur influence ait pu être assez puissante pour prévaloir sur le système juridique des maîtres du pays. Aussi, nous semble-t-il plus logique de prendre le terme siyāsa dans son sens naturel propre ; il sert à désigner le convenable et le possible dans une situation donnée.

Mais quoi qu'il en soit du mérite de l'explication historique de Maḳrīzi, on en peut tirer cette conclusion qu'en fait, au moins avant l'invasion tartare, le procédé de la siyāsa était inconnu dans la pratique judiciaire ordinaire du monde musulman.

des maẓālim s'est exercée aussi en des matières de nature totalement étrangère à son principe originel.

Māwardi et, à sa suite, beaucoup d'autres auteurs, comme Nuwayri, donnent une nomenclature des divers chefs d'attributions qui rentrent dans la compétence du juge des maẓālim. Ils sont au nombre de dix. Mais il faut remarquer, d'une part, que ce classement n'est pas fait suivant une méthode rigoureusement logique ; que la répartition dans chaque catégorie n'est pas faite nécessairement suivant la nature de chacune des diverses attributions ; d'autre part, que cette nomenclature est incomplète, ne renfermant pas toutes les matières dans lesquelles, au cours de son développement, l'institution s'est exercée. Certains auteurs reconnaissent que cette nomenclature ne renferme qu'une « partie » ( نبذة ) de ce qui rentre dans la compétence de l'institution, car, disent-ils, « il arrive qu'on leur ( les juges des maẓālim ) soumette des cas et des conflits que nous n'avons pas mentionnés, qui doivent être tranchés suivant les circonstances ». Par ailleurs, il y aura lieu d'indiquer tant les extensions que les restrictions que la compétence du juge des maẓālim a subies au cours de ce développement.

On peut, toutefois, répartir les attributions des maẓālim en quatre catégories principales : 1° le contentieux administratif ; 2° le contrôle purement administratif du fonctionnement de certains services publics ; 3° le contentieux judiciaire proprement dit et l'exercice d'un contrôle juridictionnel sur les décisions des juges ordinaires ; 4° le contrôle de l'exercice du culte et de certaines prescriptions religieuses. Nous examinerons dans une cinquième catégorie certains cas de nature très disparate qui n'ont pu être attribués à la compétence des maẓālim que par une extension toute exorbitante et artificielle.

## §. I^er — Le contentieux administratif

Cette expression n'est pas employée ici dans le sens qu'on lui donne dans la terminologie juridique moderne, c'est-à-dire, la procédure des recours exercés, devant une autorité judiciaire déterminée, par des particuliers, contre une administration publique, en raison d'un acte ou d'une décision exécutoire portant ou pouvant porter préjudice.

Le droit musulman n'a certes pas connu cette notion précise du droit public moderne, tout comme il n'a pas établi une séparation nette et de principe entre une juridiction administrative et une juridiction judiciaire. Dans le système général des maẓālim, la notion de contentieux administratif est extrêmement large et vague. D'une part, la possibilité d'un recours ou d'une action d'office, exercé au titre des maẓālim, contre une simple décision exécutoire pouvant porter préjudice, ne semble pas avoir été admise. Il ne s'agit toujours que d'actes ayant effectivement porté préjudice. D'autre part, aucune distinction n'est établie entre les actes préjudiciables qui sont commis dans le fonctionnement normal et ordinaire des services publics — cas de la faute de service, justiciables de la juridiction administrative — et ceux qui sont commis en dehors de ce fonctionnement et sont le fait d'un abus personnel du fonctionnaire — cas de la faute personnelle, justiciables de la juridiction judiciaire. Indistinctement, dans les deux cas, le juge des maẓālim est compétent. Naturellement, aussi, aucune distinction n'est à relever entre une catégorie d'actes administratifs proprement dits et une autre catégorie d'actes politiques ou de gouvernement, qui échapperaient à tout contrôle juridictionnel. Par ailleurs, l'action exercée dans la procédure des maẓālim n'est jamais dirigée contre la personne morale de l'Etat ou d'une administration publique quelconque — si tant est que ces concepts de personnalité aient été connus et dégagés en droit public musulman, — mais toujours contre le titulaire même de la fonction publique, pris en sa qualité personnelle. On peut dire, à cet égard, que la faute de service est inconnue.

Quant à la nature même de l'action née de l'acte préjudiciable, elle ne consiste pas nécessairement en un recours introduit par le particulier, victime du préjudice ; elle est, plutôt, une manifestation du contrôle qu'exerce le représentant de l'autorité supérieure dans la recherche de toutes situations injustes créées du fait du fonctionnement des services publics. C'est pourquoi, on peut dire qu'en principe l'action, en matière de maẓālim, est une action d'office. Le contentieux administratif compris dans la notion des maẓālim est de même nature que le contrôle hiérarchique. Il s'agit toujours du redressement, par l'autorité supérieure, d'une irrégularité administrative commise par une autorité subordonnée et ayant porté préjudice. Le débat contradictoire n'est pas un élément essentiel de la procédure ; il ne constitue qu'un élément accidentel qui, en tout cas, dépend de la seule volonté du juge des maẓālim.

Il serait vain d'insister plus longtemps sur la comparaison entre ce que, faute d'expression appropriée, nous sommes obligés d'appeler « contentieux administratif » et la notion de contentieux administratif du droit contemporain. Les différences intrinsèques et de milieux historiques sont trop profondes pour que cette comparaison n'apparaisse pas comme purement artificielle.

Si, en théorie, les procès contre l'administration n'étaient pas soustraits à la compétence du ḳāḍi, et que, dans certains cas, des magistrats, jouissant d'un prestige et d'une autorité exceptionnels, ont pu valablement et efficacement se saisir de tels procès, on peut dire qu'en fait, étant donné l'inexistence d'un principe de séparation des pouvoirs, étant donné que les titulaires de l'autorité suprême — calife, ministre, gouverneur — possédaient aussi en propre le droit de juridiction, c'était ces personnages qui devaient se réserver le contentieux soulevé par le fonctionnement de l'administration. En raison de la suprématie de l'autorité exécutive, un mouvement s'est établi dans la doctrine et la pratique, qui a eu pour résultat de faire considérer comme juridiquement irrecevable, dans les termes du droit commun et devant le juge ordinaire, l'action judiciaire intentée contre l'administration, à raison du fonctionnement d'un service administratif, tel que le services des impôts, des travaux publics, des finances. Ce mouvement paraît avoir été consacré par la doctrine, dès l'époque mamluk tout au moins. Nous relevons, à cet égard, un texte très révélateur, dans Ḳalḳašandi. Cet auteur, parlant d'une fonction qui avait pris, aux époques ayyubite et mamluk, une très grande importance — *la ḥiǧāba* — déclare que le titulaire de cette fonction — le *ḥāǧib* — « est, spécialement, compétent dans tous les cas où un procès n'est pas admissible, ( entendez : un procès qui serait intenté devant le ḳāḍi ) comme dans les affaires *dīwānyya* et autres matières assimilées[1] ». Or, dans la terminologie du droit public musulman, spécialement à l'époque ayyubite et à l'époque mamluk, l'expression « dīwān », sert à désigner tous les organismes de nature administrative, tels que ceux de la wazāra, de la secrétairerie d'Etat, de l'administration des provinces, ceux de la gestion des finances publiques et privées ( du sultan ), des domaines, de l'armée, etc..., par opposition aux fonctions de nature religieuse comme la magis-

(1) Ḳalḳ., V, 450 اما في زماننا فانه ( الحاجب ) . . . يتصدى لفصل المظالم بين المتداعين خصوصاً فيما لا تسوغ الدعوى فيه من الامور الديوانية وغيرها .

trature[1]. Les affaires *dīwānyya* étaient celles qui relevaient de ces administrations, en général. Le contentieux qui en naissait ne pouvait, suivant l'expression même de Ḳalḳašandi, donner lieu à aucune action en justice valable (لا تسوغ الدعوى). Il y avait donc là beaucoup plus qu'une question de simple compétence.

Il résulte de ce texte de Ḳalkašandi que le contentieux administratif était dévolu à la juridiction du ḥāǧib, qui juge, comme nous l'avons déjà indiqué, selon la procédure de la siyāsa. Mais la compétence du ḥāǧib n'a pas exclu la compétence du juge des maẓālim proprement dite. Cela ressort des divers cas d'application pratiques que nous relèverons à titre d'exemples ; cela ressort aussi du fait que le tribunal des maẓālim comprenait souvent des représentants de diverses administrations dont le rôle consistait, précisément, à aider le prince ou tout autre personnage présidant l'assemblée, dans la solution des litiges nés du fonctionnement de chacune de ces administrations. Ainsi, pour tout ce qui concernait les abus commis par des militaires, le président consultait l'assesseur, représentant l'armée ; pour tout ce qui concernait les dotations, les concessions de domaines, il consultait l'assesseur, chef de l'une ou de l'autre de ces administrations.

Quant aux sanctions qui peuvent être prononcées, en matière de contentieux administratif, dans la procédure des maẓālim, elles diffèrent essentiellement de celles admises dans le contentieux administratif moderne. Il ne s'agit pas, en effet, nécessairement d'une allocation de dommages-intérêts ou de l'annulation d'une décision. Le juge des maẓālim a une liberté entière dans le choix du procédé de sanction. Ce peut être le retrait de l'acte préjudiciable, l'allocation d'une somme d'argent, représentant en totalité ou en partie le préjudice causé, comme ce peut être une mesure de répression infligée à l'auteur de l'acte préjudiciable.

Les divers chefs d'attributions des maẓālim, indiqués par Māwardi, et que l'on peut faire rentrer dans le contentieux administratif tel que nous venons de le définir, sont les suivants :

1° — Tous actes d'abus commis par les représentants de l'autorité publique au préjudice d'un particulier. On doit distraire de cette

(1) Cf. par ex., Ḳalḳ., III, 455, 486 et s.

catégorie générale les cas d'usurpation de biens dont se rendaient coupables les fonctionnaires. Ces cas rentrent plutôt dans le contentieux judiciaire des maẓālim et nous en traiterons lorsque nous étudierons ce contentieux.

2° — Les exactions des agents de l'autorité dans la perception des impôts et de toutes sommes et biens, en général, dus au trésor.

3° — Le retard ou le défaut de paiement aux ayants-droit de toutes soldes, dotations etc...

La compétence du juge des maẓālim en matière administrative est très ancienne. Dès les premiers temps de l'époque abbasside elle est admise couramment ; Ṭabari représente comme des actions de mażālim des plaintes adressées au calife Manṣūr contre de hauts fonctionnaires accusés d'usurpation de propriétés ou d'autres injustices[1]. Dans les recommandations que fait Abū-Yūsof à son souverain, au sujet de l'exercice des maẓālim, il en fait ressortir les avantages, qui consistent précisément à prévenir et à réprimer les abus commis par les divers fonctionnaires à l'égard des administrés[2]. Le célèbre ministre du calife abbasside Mu'taḍid, Ibn Al-Furāt, était réputé pour le zèle qu'il apportait dans l'exercice des maẓālim. A ceux de son entourage qui cherchaient à le distraire de cette tâche il répondait qu'il ne pouvait, en conscience, penser à ses propres divertissements alors qu'à sa porte se pressaient des requérants venus de toutes les provinces de l'empire, pour se plaindre des mauvais traitements que leur faisaient subir des gouverneurs, des magistrats ou tous autres puissants personnages[3]. Les requêtes qui sont présentées à ce ministre ont souvent pour objet des plaintes pour des irrégularités ou des exactions commises dans la perception d'impôts ou de taxes de toute sorte[4]. Ainsi, on voit un particulier qui se plaint de ce qu'un fermier d'impôts l'ait taxé d'un chiffre d'impôt exorbitant, supérieur au montant antérieurement exigé[5]. Les habitants de la province de Bādūrya « *avaient*, dit un texte, *des maẓālim d'impôts*[6] », entendons par là que, victimes d'exactions et d'abus de tous genres dans la perception des impôts, ils s'en plaignaient au juge des maẓālim. Une délégation d'habitants d'une autre région, propriétaires fonciers et agriculteurs, se plaignent de ce que leur gouverneur les ait contraints, au cours des trois années 311, 312 et 313/925, à affer-

(1) Ṭabari, VI, 338. (2) Abū-Yūsof, 133 et s. (3) Ṣābi, 107 et s. (4) *Ibid* (5) Ṣābi', 109. (6) Ṣābi', 346.

mer les produits de leurs terres à des taux très bas ; qu'il ait calculé le montant de la dîme sur une base illégale ; sur quoi, le ministre annule ces procédures et ordonne au gouverneur d'agir conformément aux anciens règlements[1]. Une requête du même genre est présentée au successeur de Ibn Al-Furāt, 'Ali ibn 'Isa, siégeant à l'une des audiences de maẓālim, par des contribuables qui se plaignent de ce qu'on ait exigé d'eux « plus que Dieu leur a imposé[2] ». Sous le califat de Ma'mūn, des soldats présentent requête pour se plaindre de ce que leurs soldes ne leur sont pas payées[3].

Māwardi rapporte qu'à une audience de maẓālim tenue par le calife abbasside Al-Mahdi, des contribuables se plaignirent de ce que les agents du fisc les obligeaient à parfaire la différence entre la valeur originaire et légale et la valeur réelle des pièces de monnaie qui avaient été dépréciées par diverses falsifications mais qui, en fait, avaient cours parmi le peuple pour leur valeur nominale et que, jusqu'alors, le fisc acceptait. Le calife rendit une décision autorisant les contribuables à s'acquitter de leurs impôts suivant la monnaie courante dépréciée[4].

Frapper des commerçants d'impôts exagérés, des propriétaires ruraux, de taxes spéciales peut constituer un cas de maẓālim[5].

Les annalistes et, notamment Maḳrīzi, rapportent, au sujet de la construction, par Nūr al-dīn Zanki, d'un palais spécial pour le tribunal des maẓālim, que le motif principal qui avait poussé ce prince à édifier ce palais était le trop grand nombre de plaintes qui lui étaient adressées contre l'un de ses gouverneurs, Širkawayh ibn Šādi, à cause des exactions et des injustices de toutes sortes que faisaient subir à leurs administrés les lieutenants de ce gouverneur.

Sous le règne du sultan mamluk Baybars, un individu se présente à l'une des audiences de maẓālim de ce souverain pour se plaindre de l'administration des domaines publics (الاملاك الديوانية) qui ne permettait pas aux paysans attachés au service de ces domaines de reprendre leur liberté en allant s'installer ailleurs ; et Baybars ordonne que, dorénavant, toute liberté soit laissée au paysan, à l'expiration de son contrat[6].

(1) Ṣābi', 336. (2) Ṣābi', 341. (3) Ṭayfūr, 4.
(4) Māwardi, 76. (5) Maḳrīzi, IV, 234. (6) Maḳrīzi, III, 335.

Si les habitants d'une ville sont frappés d'une contribution exceptionnelle, ils peuvent s'adresser au souverain, à l'une de ses audiences de maẓālim, pour lui demander l'abolition de cet impôt. Maḳrīzi rapporte qu'en l'an 677 h., le fils de Baybars, Malek-Sa'īd, ayant tenu une audience de maẓālim, à Damas, fut saisi par les habitants de cette ville d'une requête tendant à ce qu'ils fussent déchargés de la contribution annuelle que, pour les besoins d'une expédition militaire, son père avait établie sur leurs propriétés ; et le sultan donna suite favorable à cette requête[1].

L'instruction et le jugement des plaintes présentées par les administrés contre les fonctionnaires ne donnaient pas toujours lieu à une procédure contradictoire. Les textes font bien apparaître que tout dépendait en cela de la libre appréciation du titulaire des maẓālim. Souvent, celui-ci formait sa conviction sur le seul exposé de la plainte ou sur le fondement de sa connaissance personnelle. Mais, dans beaucoup de cas, il provoquait la contradiction en faisant comparaître à son audience l'agent incriminé. Cette éventualité constituait un objet d'appréhension pour le fonctionnaire, qui considérait la comparution devant le tribunal des maẓālim comme une humiliation ; et, pour cette raison, elle était, souvent, de nature à prévenir les abus. La chronique rapporte, à cet égard, que le gouverneur Širkawayh ibn Šādi susmentionné ayant eu vent de la décision qu'avait prise Nūr al-dīn de poursuivre la répression des abus commis par les fonctionnaires, ordonna à ses lieutenants, afin de prévenir toutes plaintes, de réparer les injustices commises, dans le but, dit-il, que l'affront ne lui fût pas fait d'être cité devant le roi et y comparaître sur un pied d'égalité avec l'un de ses administrés[2].

Vers la fin du VIII^e s. h., on mentionne le cas d'un *muḥtasib* ( chef d'administration municipale ) qui « fut cité plus d'une fois devant le sultan, à son audience de maẓalim, pour des fautes graves commises par lui[3] ».

(1) Quatremère, *Maml.*, I, 1^re partie, 166.
(2) Maḳrīzi, III, 338.
(3) Maḳrīzi, IV, 47.

## §. 2. — Le contrôle purement administratif des service publics

C'est là une des matières dans lesquelles la notion de maẓālim a reçu son extension la plus exorbitante, voire, la plus artificielle. Il ne s'agit même plus, dans cette nouvelle série de cas, d'une atteinte causée par le fonctionnement des services publics à l'intérêt légitime d'un particulier, mais exclusivement du mauvais fonctionnement, considéré en soi, d'un service public.

L'élément qui contribue à donner au fait son caractère de maẓālim est, ici, uniquement, un élément formel : l'examen du fait à une audience de maẓālim. Aussi, l'application de la procédure des maẓālim en ces matières est-elle restée en pratique insignifiante.

La doctrine répartit les attributions des maẓālim de ce chef en trois groupes[1] :

1° — Le contrôle des agents des divers services administratifs (كتّاب الدواوين). Ces agents, disent les auteurs, sont les préposés des « musulmans à la garde de leurs biens commun ». Le titulaire des maẓālim « contrôlera leur conduite ; s'ils n'agissent pas en confor- « mité de la justice et des règlements dans la perception des recettes « ou dans l'exécution des dépenses, il redressera ses erreurs ».

2° — Le contrôle supérieur de l'exercice de la *ḥisba*. Nous étudierons cette institution administrative dans un prochain chapitre. Indiquons pour le moment qu'elle constitue une sorte d'administration municipale qui a des attributions multiples, comme le contrôle des poids et mesures, de la qualité des denrées et tous autres produits destinés à la consommation du public, le contrôle de la voirie, etc.. Elle a un titulaire spécial, appelé le *muḥtasib*. Or, la compétence des maẓālim, en cette matière, consiste à prêter main-forte au muḥtasib dans l'exercice de ses fonctions, de contrôler sa gestion et, le cas échéant, de se substituer à lui.

(1) Māwardi, 76 et s. ; Nuwayri, VI, 271 et s.

3° — Le contrôle des biens de mainmorte ( waḳf ) publics ( الوقوف العامة ), c'est-à-dire les waḳf dont les revenus ne sont pas destinés à des particuliers mais sont affectés à des buts d'intérêt général, comme les fondations qui doivent servir à l'entretien des lieux du culte, des mosquées, des établissements d'enseignement, les madrasa etc... Le titulaire des maẓālim vérifiera la gestion de ces biens, en veillant à ce qu'elle soit assurée conformément à leur destination et à la volonté de l'auteur de la fondation.

On doit mentionner un quatrième groupe. Le titulaire des maẓālim doit veiller à l'observation des prescriptions religieuses et des manifestations extérieures du culte, telles que la prière du vendredi, les solennités des fêtes, le pèlerinage, le ǧihād même ou guerre sainte. En de telles matières, précisent les auteurs, il s'agit des « droits de Dieu » ; « le respect des droits de Dieu et l'observation de ses commandement bénéficient d'une priorité » sur toutes autres prescriptions[1]. Mais cette explication ne fournit pas une justification suffisante de la compétence du juge des maẓālim. Cette justification doit être recherchée, semble-t-il, dans la notion même de l'institution devenue, par une extension artificielle, comme un organe de contrôle général du fonctionnement des services publics. Or, dans le système constitutionnel musulman, l'accomplissement des prescriptions religieuses, telles que celles que nous avons énumérées, constitue bien un service d'Etat.

Naturellement, dans ces différents cas, l'action du titulaire des maẓālim est une action d'office ; elle s'exerce, disent les textes, « même s'il n'y a pas de plaignant ( متظلم ) ». Que si un plaignant signale un abus, la plainte ne constitue pas, en tout cas, l'action, ni la condition de l'action. Naturellement, aussi, cette action ne comportait pas l'ouverture d'une procédure plus ou moins semblable à la procédure judiciaire ; les éléments d'une telle procédure : adversaire au procès, intérêt personnel, éventualité d'une condamnation, faisant entièrement défaut.

Voici quelques exemples des rares cas d'application pratique de la procédure des maẓālim en ces matières :

(1) Māwardi, 79 ; Nuwayri, VI, 273 ان حقوق الله اولى ان تستوفى وفروضه احق ان تؤدّى.

Aux premiers temps de l'époque abbasside, le calife Manṣūr, ayant eu connaissance de ce que certains fonctionnaires avaient commis des faux dans leurs écritures, les fit comparaître devant lui, et les menaça d'un châtiment corporel[1]. Le même Manṣūr faisait restituer par tout fonctionnaire révoqué pour cause de concussion les sommes qu'il avait détournées. Ces sommes d'argent mêmes étaient désignées du nom de maẓālim, d'où l'on peut inférer que c'est à la suite d'une procédure de mazālim que la restitution de ces sommes d'argent était opérée[2]. — Maḳrīzi raconte que le sultan mamluk Baybars ayant été saisi d'une plainte lui signalant des errements irréguliers suivis par l'administration de l'hôtel des monnaies, et aboutissant à la perception de montants exagérés d'affermage de la frappe, ce fut à l'une de ses audiences de mazālim, qu'il ordonna la diminution du montant de l'affermage[3]. — Le même auteur rapporte qu'en l'an 661/1263, le sultan ordonna, à l'une de ses audiences de mazālim, l'expulsion des courtisanes franques qui s'étaient installées dans la ville du Caire[4]. — A une époque antérieure, Aybak, le ministre du dernier souverain ayyubite, — et qui devait, d'ailleurs, lui-même, par la suite, fonder la première dynastie mamluk, — ayant tenu une audience de mazālim, y prescrivit, comme sanction de la prohibition légale et religieuse de l'emploi des boissons alcooliques, la confiscation et le jet toutes ces boissons[5]. — Le sultan contrôle aussi l'exercice de la ḥisba : un titulaire de cette fonction, au Caire, de la fin du VIIIe s. h., est déféré au tribunal des mazālim « pour accusations très graves » portées contre lui[6]. — Il contrôle les services d'enseignement qui fonctionnent dans les biens waḳf : à une audience de mazālim de Baybars, dans la deuxième moitié du du VIIe s. h., un requérant se plaint de ce que l'administrateur d'une école se refuse à y nommer un professeur de maḏhab malékite[7].

L'examen des cas d'hérésie pouvait aussi donner lieu à la procédure des mazālim. La chronique rapporte que le ministre 'Ali ibn 'Isa fit comparaître à l'une de ses audiences de mazālim, en l'an 302 h., un individu qui prétendait être un prophète. L'ayant convaincu d'imposture, le ministre lui fit administrer quelques soufflets et le condamna à l'emprisonnement[8]. M. Massignon pense que ce

(1) Māwardi, 77. (2) Ṭabari, VI, 324. (3) Maḳrīzi, III, 334. (4) Quatremère, *Maml.*, I, 221. (5) Maḳrīzi, III, 338. (6) Maḳrīzi, IV, 47. (7) Makrīzi, III, 333. (8) *Ṣilat* al-Ṭabari, 34.

fut bien à une audience de mazālim que le fameux Ḥallāǧ passa en jugement et fut condamné à la peine de mort[1].

## §. 3. — Le contentieux ordinaire

Cette troisième catégorie comprend les conflits d'ordre privé, où le titulaire des mazālim statue, généralement, en qualité de juge au sens strict du mot. Elle est de beaucoup la plus considérable tant à raison du caractère et de l'importance des attributions qu'elle comprend qu'en raison du fait que c'est dans l'exercice de ces attributions que se révèle le mieux la nature propre et originelle de l'institution des mazālim. Ces matières peuvent être réparties en trois classes :

1° — Les litiges ordinaires, soumis directement à la juridiction des mazālim ; 2° — les recours exercés contre les décisions et les actes des juges de l'ordre kadial et autres magistrats assimilés ; 3° — les recours aux fins d'exécution des décisions rendues par les juges ordinaires que ceux-ci n'ont pu assurer eux-mêmes.

I — **Le contentieux judiciaire ordinaire** — Cette classe comprend, d'une part, tous les litiges qui rentrent dans la compétence des juges ordinaires, en droit comme en fait, aucun obstacle matériel ne s'opposant à l'exercice par le juge de ses pouvoirs à l'égard des plaideurs. Par là se manifeste le mieux le principe de justice retenue, qui caractérise le système judiciaire, en Islam : le prince ou l'un quelconque de ses représentants, dûment habilité, peut, en qualité de juge des mazālim, être saisi par les parties ou évoquer d'office à son tribunal toutes causes de la compétence des juges ordinaires. Les auteurs font à cet égard une mention spéciale de la compétence du juge des mazālim en matière des litiges intéressant les bénéficiaires des waḳf privés c'est-à-dire ceux dont les revenus sont affectés à des particuliers. Ce n'est donc pas par application de l'idée et au titre de la procédure des mazālim proprement dites que cette catégorie de litiges est déférée à la juridiction des mazālim.

(1) *La passion de Al-Ḥallāǧ*, I, 194 et s.

D'autre part, rentrent dans cette classe tous les cas d'usurpation de biens ou violation de droits commis par des officiers publics — ce qu'on appelle *ġuṣūb sulṭānyya* (غصوب سلطانية) — ou par de puissants personnages, au préjudice des particuliers. Le principe de la compétence du juge des mazālim en ces matières est le même que dans les cas précédents. Mais il s'y ajoute un élément particulier, qui est accessoire quant à la nature du litige, mais important quant à la nature de la juridiction des mazālim. La caractéristique essentielle qui justifie la compétence de la juridiction des mazālim consiste, d'après la doctrine, en ce que l'acte d'injustice, relevant de par sa nature du juge ordinaire, renferme un tel élément de force que le juge ordinaire se trouve lui-même impuissant à le réprimer. Les actes d'injustice commis par de hauts fonctionnaires publics, par de puissants personnages, dépassent le pouvoir effectif de sanction et de répression que possède le juge de l'ordre kadial et les moyens de coercition dont il dispose.

En ce qui concerne les *ġuṣūb sulṭānyya*, il y a lieu de faire état d'une considération supplémentaire. La compétence du juge des mazālim en cette matière se rapproche de celle qu'il exerce en matière d'abus commis par les officiers publics dans l'exercice de leurs fonctions ; elle procède, aussi, du pouvoir de contrôle général que le titulaire des mazālim possède sur le fonctionnement des services pulics. L'intérêt pratique qui s'attache à cette double circonstance, c'est que la mise en mouvement de la procédure ne sera pas conditionnée par l'action du particulier, victime de la spoliation : le juge peut aussi agir d'office.

**2 — Le recours contre les décisions et actes de magistrats judiciaires —** Il ne s'agit pas d'un appel, similaire à la voie de recours du même nom de la procédure moderne. Comme cela ressort des exemples d'application pratique qu'on verra par la suite, le recours formé devant le juge des mazālim est de nature différente de celle de l'appel proprement dit et son domaine d'application est infiniment plus étendu. D'une part, en effet, il ne s'agit pas seulement d'un recours formé contre les décisions juridictionnelles, mais aussi contre tous les actes que peut accomplir le juge ordinaire dans l'exercice de l'une quelconque de ses attributions. D'autre part, le recours peut avoir pour objet des actes accomplis par le juge en dehors de l'exercice même de ses fonctions, des actes de sa conduite personnelle et privée et qui tendraient à démontrer son incapacité ou son indignité.

Le jugement des recours contre les décisions et actes des magistrats apparaît comme la manifestation du droit de contrôle que possèdent le souverain ou ses délégués sur l'administration générale de la justice. A ce point de vue, le principe de ce chef de compétence du juge des maẓālim procède, donc, dans une très large mesure, du pouvoir général de contrôle des services publics.

**3 — L'exécution des décisions judiciaires** — La compétence du titulaire des maẓālim est, en cette matière, subsidiaire : l'exécution d'une sentence rentre, en principe, dans la compétence du juge qui l'a rendue ; elle ne pourra être demandée au titulaire des maẓālim que si le juge se montre impuissant à assurer lui-même l'exécution, à cause de la puissance et de l'influence du condamné ou de toute autre circonstance. Il n'est pas nécessaire, sans doute, pour justifier la compétence du titulaire des maẓālim, qu'au préalable, le juge ordinaire ait été, pour ainsi dire, « discuté » ; que l'exécution ait été entreprise en vain auprès de lui : il suffit que le titulaire des maẓālim ait la conviction que l'exécution judiciaire serait, en tout cas, impossible. C'est dans cette mesure que doit être conçu, en général, le caractère subsidiaire des maẓālim en matière de litiges ordinaires. Mais, en matière d'exécution, le caractère subsidiaire est plus accusé ; car, si en matière de litiges ordinaires, on voit souvent des juges de maẓālim ne pas tenir compte de ce caractère et distraire à leur profit des litiges de la compétence du juge ordinaire, en vertu, simplement, du droit supérieur de justice du souverain ou de ses représentants, on ne relève pas, semble-t-il, de cas, dans la pratique, d'une telle intervention immédiate en matière d'exécution.

A ces attributions judiciaires des maẓālim correspondent certaines caractéristiques de l'institution par lesquelles se manifeste sa parenté avec l'institution de la magistrature ordinaire.

Au point de vue de la terminologie, l'institution des maẓālim est désignée couramment par le terme *ḥukm* (حكم). Or ce terme désigne, *stricto sensu*, la juridiction même. Cependant, pour la distinguer de la juridiction ordinaire, on dit : *ḥukm al-mazālim* (le *ḥukm* des maẓālim). Beaucoup de termes de la procédure ordinaire ont cours dans la procédure des maẓālim. Le procès des maẓālim est appelé, comme le procès ordinaire, *da'wa* (دعوى), *muḫāṣama* (مخاصمة), mê-

me *taḳāḍi* (تقاضي)[1]; les demandeurs et défendeurs sont également appelés *mudda'i* et *mudda'a 'alayh* (مدّعي — مدّعى عليه)[2]; les plaideurs, indistinctement, sont toujours des *ḫuṣūm* (خصوم) ou des *mutarāfi'ūn* (مترافعون) ou des *mutaḥākimūn* (متحاكمون)[3]. Les titulaires des maẓālim «tiennent audience pour rendre la justice entre les justiciables» (للحكم بين المتنازعين — للحكم بين الناس)[4]. La décision même qu'ils rendent est appelée, comme la décision des ḳāḍi, un *ḥukm* حكم[5].

Certaines règles de procédure sont aussi les mêmes dans les deux cas, comme cela ressort, notamment, des termes des diplômes de nomination des juges institués pour les maẓālim ; les recommandations qui leur sont faites et les ordres qui leur sont donnés quant à leur conduite à l'égard des plaideurs, à la tenue de l'audience, sont analogues à ceux qui sont contenus dans les diplômes de nomination des ḳāḍi : le juge des maẓālim ne doit repousser aucun individu qui vient lui présenter une plainte ; il doit traiter les plaideurs, quels qu'ils soient, sur un pied de stricte égalité ; ses audiences doivent être publiques ; en cas de difficultés juridiques, il doit consulter des hommes de loi, etc.. Nous reviendrons plus longuement sur ces différentes prescriptions dans l'étude des règles de procédure.

Les cas pratiques de maẓālim correspondant aux chefs d'attributions que nous avons groupés dans cette troisième catégorie sont, pour la plupart, des cas relatifs à des spoliations commises par de puissants personnages, officiels ou privés, au préjudice de simples particuliers. Ce sont aussi les cas les plus anciens, ceux à propos desquels s'est formée la théorie des maẓālim, et qui, quoique n'ayant pas donné lieu à des instances de maẓālim proprement dites, — cette institution n'existant pas encore — sont présentés comme des exemples typiques de violation de droit, justiciables de cette procédure, comme ses précédents historiques.

(1) Abū Al-Maḥāsin, II, 227 ; Ḳalḳ., V, 450 ; Ibn Baṭūṭa, I, 221. (2) Ḳalḳ., V, 450. (3) Ḳalḳ., X, 25, 42, 243, 325 ; Ibn Šaddād, 10.
(4) Maḳrīzi, III, 336 ; *Wulāt*, 441 ; Abū Al-Maḥāsin, *éd. Popper*, VII, 745.
(5) Ibn Ḫaldūn, 222. — Pour tous ces termes, cf. aussi le chapitre consacré par Māwardi et Nuwayri aux maẓālim. C'est un fait significatif que certains auteurs des plus considérables, comme Māwardi et Nuwayri, n'emploient cette terminologie de la procédure ordinaire — lorsqu'ils traitent de l'institution des maẓālim —, que dans les parties qui se réfèrent aux attributions de caractère judiciaire.

Sans nous référer à certains cas qui remonteraient à la période préislamite et à l'époque du Prophète, que les auteurs traditionalistes invoquent pour chercher à rattacher l'institution à des origines arabo-musulmanes, nous commencerons par citer quelques cas relatifs à la période umayyade : Hišām ibn 'Abd Al-Malik qui restitue à un particulier une propriété qui lui avait été enlevée par le précédent calife Yazīd[1] ; — 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz qui rend justice à toutes les personnes qui avaient été victimes de spoliation de la part de ses prédécesseurs et d'autres membres de la famille des Umayyades[1].

A une audience de maẓālim que tenait le calife abbasside Mahdi (158/775-169/785), un individu se présenta, qui se plaignit d'une injustice commise à son égard par 'Umāra ibn Ḥamza, haut personnage de l'Etat, et qui, en la circonstance, siégeait auprès du souverain. Ce dernier ordonna immédiatement audit 'Umāra de quitter sa place et de se tenir devant lui, comme justiciable, pour qu'il fût procédé au jugement du litige qui le mettait aux prises avec le plaignant[2]. Au calife Ma'mūn, siégeant pour les maẓālim, une femme présente requête contre 'Abbās, le propre fils du calife, qui lui avait usurpé des terrains lui appartenant ; et le souverain lui donne gain de cause[3]. Un commerçant se plaint devant le même calife de ce que l'un de ses agents, ayant acheté de lui des bijoux, se refusait à en régler le prix qui s'élevait à trente mille dinars[4].

Les litiges qui sont soumis au ministre Ibn Al-Furāt, à ses audiences de maẓalim, ont pour objet des plaintes pour des abus commis par des gouverneurs, des magistrats, ou d'autres puissants personnages[5]. Naturellement, parmi les principaux objets de ces plaintes il devait s'agir d'usurpations.

Au calife Muḳtadir (255/869-256/870) un individu présente une *ẓulāma* contre un des généraux de la garde, qui avait usurpé une ferme appartenant au plaignant ; et le calife condamne l'officier à la restitution du bien[6].

Les abus dont s'étaient rendus coupables Širkawayh ibn Šādi et ses lieutenants, sous le règne de Nūr al-dīn ibn Zanki, ce qui, com-

(1) Abū Al-Maḥāsin, I, 260 ; *Sīrat 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz*, 105 ; *Aġāni*, nouv. éd., IX, 255 ; Māwardi, 78. (2) Abū Al-Maḥāsin, II, 164. (3) Yāḳūt, VI, 6. (4) Ibšīhi, I, 113. (5) Ṣābi', 22. (6) Iṣbahāni, I, 123.

me nous l'avons déjà noté, avait incité ce roi à bâtir un palais spécial pour les audiences des maẓālim, comprenaient aussi bien des exactions administratives proprement dites que des usurpations de biens et violations de droits de toutes sortes au préjudice de particuliers. Maḳrīzi rapporte, en effet, que ledit Širkawayh, pour leur éviter de comparaître devant le tribunal du roi, ordonna à ses vicaires de régler à l'amiable tous les différends qu'ils pouvaient avoir, au sujet de propriétés ou pour d'autres causes, avec des particuliers, en leur donnant satisfaction. Le même texte de Maḳrīzi donne, comme second motif de l'intervention du sultan Nūr al-dīn, le fait que le magistrat alors en fonction s'était révélé incapable de réprimer les abus des lieutenants de Širkawayh[1]. De cette double constatation — litiges ayant pour objet un droit de propriété privée, litiges que le magistrat judiciaire se trouvait, en fait, impuissant à juger — on doit inférer que ces litiges étaient en principe de la compétence normale et courante des magistrats judiciaires.

Devant le sultan mamluk Baybars, siégeant à l'une de ses audiences de maẓālim, au nouveau palais qu'il venait de construire, un justiciable se plaint de ce que, sous le règne de son prédécesseur, le sultan Aybak, il avait été spolié d'un verger; et Baybars, après vérification du bien-fondé de cette prétention, rend une sentence ordonnant la restitution de sa propriété au plaignant[2].

Les cas de procès ordinaires, mettant aux prises de simples particuliers, qui pourraient aussi bien s'adresser aux ḳāḍi, sont très nombreux dans l'histoire de la procédure des maẓālim.

Nous verrons plus tard comment certains princes multipliaient leurs audiences de maẓālim à tel point que, disent les textes, les juges ordinaires ne trouvaient plus rien à faire[3]. Ce qui constitue une preuve formelle que les mêmes procès qui étaient de la compétence des ḳāḍi et dont ils pouvaient connaître sans aucun inconvénient, étaient évoqués directement devant la juridiction des maẓālim.

La question ne fait donc aucun doute que les litiges ordinaires, c'est-à-dire ceux dans lesquels aucun élément, ni de droit, ni de fait, n'était de nature à exclure la compétence du ḳāḍi, pouvaient être

(1) Maḳrīzi, III, 338. (2) Maḳrīzi, III, 333. (3) Cf. pour des cas de ce genre : Ṣābi', 143 ; Ibn Ḫallikān, I, 471 ; *Wulāt*, 587 ; Ibn Al-Aṯīr, 247 ; *Wulāt*, 512, 584.

portés devant le juge des maẓālim. Au surplus, en dehors des principes théoriques de la compétence, tels qu'ils sont formulés par les auteurs, et des exemples pratiques que nous venons de citer, on trouve une confirmation de la règle dans différents autres textes. Ainsi, dans la description des audiences des maẓālim, à certaines époques, les historiens indiquent que, souvent, le président de la juridiction renvoyaient aux ḳāḍi la connaissance de ce qu'on appelle الامور الشرعية [1]. Or, cette expression sert à désigner les procès qui ressortissent aux règles de droit commun de la loi positive, le šar', et qui peuvent être tranchés conformément à ces règles, en d'autres termes, les procès qui sont de la compétence des ḳāḍi.

Lorsque les fonctions des maẓālim auront un titulaire distinct, le diplôme de nomination de ce dernier mentionnera, parmi ses diverses attributions, la connaissance des litiges ordinaires[2]. Nous verrons d'autre part, en étudiant l'organisation de la juridiction des maẓālim, qu'elle comprend toujours un représentant de l'ordre kadial, auquel le président a recours pour la solution des difficultés juridiques et, en général, dans les litiges qui relèvent en principe de la compétence des ḳāḍi.

Mais la juridiction des maẓālim ne pouvait pas se montrer très accueillante pour les procès qui ont un juge naturel. Elle était une juridiction exceptionnelle et subsidiaire ; elle ne comportait pas des organismes suffisamment développés pour prendre en charge le contentieux ordinaire. C'est pourquoi, une tendance ne tarda pas à s'établir pour restreindre à la deuxième catégorie de la classe du contentieux judiciaire ordinaire la compétence du juge des mazālim. Le juge des maẓālim se récuse spontanément chaque fois qu'il s'agit d'un litige relevant, de par sa nature, de la compétence du juge ordinaire et dans lequel ne se trouve pas un élément rendant ce magistrat impuissant à assurer la justice. Ainsi, de nombreux textes rapportent que le titulaire des maẓālim — souvent, le souverain lui-même — renvoyait les parties à se pourvoir devant le kāḍi, chaque fois qu'il constatait que le procès rentrait dans les attributions de ce dernier. La saisine du magistrat avait lieu, parfois, séance tenante : dans les cas où des magistrats faisaient partie du tribunal des maẓālim, les textes rapportent que le titulaire des maẓālim leur déférait

(1) Makrīzi, III, 339. (2) Ḫušāni, 11.

immédiatement les plaintes dont il était lui-même saisi et qui soulevaient un procès de nature judiciaire ordinaire[1].

Cette tendance s'affirme très nettement et le renvoi au juge ordinaire devient une obligation, au moins, à partir du milieu du IVe s. h., lorsqu'il s'agit des mazālim érigées en fonction autonome, confiée à un titulaire spécial. Certains diplômes de fonctionnaires nommés à ce poste leur prescrivent formellement de renvoyer aux juges de la magistrature ordinaire tous les procès qui seraient de la compétence de ces magistrats[2].

Quant au contrôle de l'administration judiciaire et aux recours formés contre les décision des ḳāḍi, la compétence du tribunal des mazālim est illustrée par divers exemples[3]. Les jugements répressifs prononcés par la juridiction de la ṣurṭa sont aussi soumis au contrôle de ce tribunal. Ṭabari rapporte qu'en l'an 277 h., les prisonniers n'étaient libérés que si le ṣāḥib al-maẓālim y donnait son accord, sur les requêtes qui lui étaient adressées à cet effet[4]. D'une façon générale, le recours est toujours ouvert à un condamné de demander la révision du jugement, par une requête adressée à l'autorité compétente en matière de mazālim[5].

Ḫušāni rapporte que les habitants de la province de Jaen, s'étant plaints (تظلموا) de leur ḳāḍi devant le prince d'Andalousie, Ḥakam, ce dernier charge le ḳāḍi al-ǧamāʿa de vérifier le bien-fondé de cette plainte, en vue de prendre, le cas échéant, une sanction appropriée[6]. Devant le même prince, un plaideur engage la procédure des mazālim au sujet d'un jugement rendu contre lui par le juge de Cordoue, en invoquant un vice dans l'administration des preuves qui avaient emporté la conviction du magistrat[7].

Devant Baybars, siégeant à l'une de ses audiences de mazālim, se présente un plaignant qui accuse le ḳāḍi al-ḳuḍāt ḥanbalite d'Egypte d'entretenir des sentiments hostiles à l'égard du souverain en ce qu'il se refusait à nommer, dans une madrasa placée sous sa di-

(1) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 410 ; Ibn Baṭūṭa, II, 182. (2) Cf., par exemple, un diplôme d'investiture délivré au nom du calife abbasside Muṭīʿ, où on lit فما كان طريقه طريق المنازعة المتعلقة بنظر القضاة وشهادات العدول رده الى متولي الحكم وما كان طريقه الغصوب المحتاج الى الكشف والفحص والاستشفاف والبحث نظر فيه صاحب المظالم (Ḳalḳ., X, 247).
(3) Yaʿḳūbi, II, 572. (4) Ṭabari, VIII, 155. (5) Ibn Ḫallikān, I, 430 ; Ǧahšiyāri, 205. (6) Ḫušāni, 11. (7) Ḫušāni, 64.

rection, un professeur pour l'enseignement du madhab auquel appartient le sultan, ainsi que de ne nommer comme vicaires que des ḳāḍi ḥanbalites. Baybars fait comparaître devant lui le magistrat incriminé, mais ayant constaté le mal-fondé de l'accusation, il ordonne la fustigation de l'accusateur[1]. — De la même époque, on peut rapporter le cas d'une plainte adressée au souverain, statuant aux mazālim, contre le fameux ḳāḍi al-ḳuḍāt šafi'ite Ibn bint Al-A'azz accusé d'une fausse application de la loi dans le règlement de certaines successions, en vue de favoriser quelques puissants personnages[2] — En l'an 663/1265, au Caire, à des audiences de mazālim du sultan, une plainte est présentée contre un magistrat qui avait, prétendait le plaignant, refusé de légaliser un acte[3] ; une autre plainte est présentée, portant des accusations contre le ḳāḍi al-ḳuḍat[4].

L'intervention du juge des mazālim, en matière d'administration judiciaire, prend souvent l'allure d'un pouvoir réglementaire et législatif. Ainsi, Maḳrīzi rapporte qu'à l'une des audiences des mazālim de Baybars, une plainte lui ayant été présentée au sujet de la gestion des biens d'un mineur, fils d'un ancien militaire, et, son assesseur, le ḳāḍi al-ḳuḍāt Ibn bint Al-A'azz, lui ayant exposé à cette occasion les abus qui se produisaient dans l'administration des tutelles des fils d'anciens militaires, le sultan ordonna de soumettre dorénavant ces tutelles au contrôle des magistrats[5]. — A une autre audience, comme on exposait au même Baybars les inconvénients qui résultaient de l'inadmissibilité des témoignages de soldats — ceux qui mouraient sur les champs de bataille ne disposant, pour assurer la preuve d'un testament qu'ils voudraient faire, que du témoignage de leurs camamarades — le sultan ordonna que, dans chaque compagnie, quelques militaires, reconnus pour leur honorabilité, fussent désignés comme témoins admissibles[6].

Le droit du juge des mazālim d'assurer l'exécution des sentences et de toutes ordonnances prononcées par les ḳāḍi ressort, notamment, de la teneur des diplômes de nomination aux fonctions des mazālim. Ces diplômes ordonnent, en effet, au nouveau titulaire de prêter main-forte aux ḳāḍi dans l'exécution de leurs sentences[7].

(1) Maḳrīzi, III, 333. (2) Maḳrīzi, III, 335. (3) Quatremère, *Maml.*, I, 2e p., 20. (4) Maḳrīzi, III, 336. (5) Maḳrīzi, III, 334. (6) Maḳrīzi, III, 335. (7) Ḳalḳ., X, 245.

## §. 4. — Attributions diverses

L'extension exorbitante et tout artificielle qu'a subie la notion des mazālim se manifeste dans de nombreux cas pratiques. Veiller au bien-être du peuple, venir en aide à des particuliers dans la gêne, apparaissent comme des actes de justice qu'un souverain ou un ministre accomplit volontiers à ses audiences de mazālim.

C'est à une audience des mazālim qu'un souverain mamluk ordonne une tarification du prix des denrées alimentaires, et la vente de certaines quantités de ces denrées aux pauvres[1]. Il est courant qu'un homme dans le besoin, un débiteur, incapable de payer ses dettes, se présente aux audiences des mazālim pour demander un secours. Le calife Ma'mūn ordonne, à une audience de mazālim, le règlement, aux frais du trésor, de la dette d'un requérant[2]. Dans la chronique du ministre Ibn Al-Furāt on mentionne, notamment, le cas d'un individu qui, à une audience de mazālim de ce ministre, lui présente requête, sollicitant l'avance d'une somme de 500 dinars, montant d'une dette qu'il n'arrivait pas à acquitter lui-même ; la somme lui est allouée[3].

De nombreux autres exemples peuvent aussi être cités, où l'on voit des hommes nécessiteux se présentant aux audiences des mazālim pour demander des aumônes[4].

Mais, encore une fois, l'intégration d'une telle activité dans la procédure des mazālim est tout artificielle ; elle n'est que l'expression d'un facteur purement formel : le fait que c'est à une audience du mazālim que le souverain ou son représentant reçoit et examine des plaintes, étrangères, de par leur nature, à la procédure judiciaire. Les annalistes eux-mêmes ne s'y sont pas laissés tromper. Parmi les diverses personnes qui se présentent à une audience de maẓālim, les textes prennent soin, souvent, de distinguer entre les personnes « qui viennent demander un secours, une aumône[5] », et les personnes, victimes de maẓālim et qui viennent demander justice ; — entre les

(1) Maḳrīzi, III, 333. (2) Ibn 'Asākir, III, 373. (3) Ṣābi', 222.
(4) Ibn Ḫallikān, II, 244 ; Maḳḳari, I, 194 ; Ibn Baṭūṭa, II, 192; Balāḏuri, éd. Riḍwān, *introd.*, 14. (5) Ṭabari, éd. 1939, VII, 390; Ibn Baṭūṭa, II, 182.

requêtes de maẓālim proprement dites et les requêtes contenant des sollicitations diverses[3].

*Observation générale* — Nous sommes bien loin de croire que toutes les attributions qui ont été énumérées dans la présente section rentraient, en fait, dans la compétence de tout personnage, titulaire de la fonction de maẓālim. Sans doute, ceux qui, dans la hiérarchie de l'Etat, occupaient des postes d'administration générale ou avaient la direction du gouvernement, comme les ministres, et, *a fortiori*, le souverain, possédaient, en droit et exerçaient, souvent, en fait toutes ces attributions. Quant aux fonctionnaires qui étaient spécialement affectés à un poste distinct de maẓālim ou ceux qui, par ailleurs, étaient titulaires d'une autre fonction spéciale et qui étaient délégués au maẓālim, tout dépendait des termes de leur acte de nomination ou de certaines règles coutumières ou encore de certaines circonstances de fait qui restreignaient leur compétence à quelques-unes des attributions précitées.

On retrouve ici une application de cet élément essentiel de la notion de maẓālim, celui de puissance supérieure et incoercible. Plus cet élément s'affirme chez un personnage, plus larges se trouvent être ses attributions. Aussi, Māwardi décide-t-il que si la compétence à attribuer à un titulaire de maẓālim doit comprendre seulement les attributions proprement judiciaires pour l'exercice desquelles l'autorité du ḳāḍi se trouve être déficiente, il est possible que ce titulaire soit choisi parmi des personnages inférieurs en autorité aux souverain, ministres, gouverneurs et autres personnages assimilées[1].

---

(1) Ibn Ḫallikān, II, 441 ابو الفرج ابن كلس وزير العزيز بن المعز العبيدي — كان يجلس كل يوم عقب صلاة الصبح — وتعرض عليه رقاع الناس في الحوائج والظلامات .

(2) Māwardi, 73. — Il se trouvait ainsi des titulaires de la fonction, compétents seulement pour une catégorie déterminée de maẓālim. Il y a là le principe d'une répartition de compétence *ratione materiæ*. Y a-t-il eu une répartition *ratione personæ* ? Certains textes pourraient le faire croire. Le ḳāḍi Aḥmad ibn Dāwūd et son fils Aḥmad — sous les califats de Mutawakkil et de Mu'tasim — ont été désignés, aux « *maẓālim al-'askar* » ( Ibn Ḫallikān, I, 31 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 298 ). Si l'on interprète ce terme de *'askar* par *armée, soldats*, on admettrait qu'il y avait des titulaires des maẓālim, spécialement institués pour les actes des maẓālim commis par les militaires. Aussi bien il a existé dans l'organisation judiciaire islamique une fonction spéciale, compétente pour connaître des

## Section IV. — Les organismes des mazalim et leur fonctionnement

Etant donné le caractère même de l'institution, considérée comme un organe de contrôle général et supérieur des services publics et plus particulièrement du service de la justice ; étant donné que si éminente que soit une fonction dans la hiérarchie administrative, elle reste, en principe, subordonnée à celle des maẓālim qui constitue ainsi une des manifestations les plus marquantes du pouvoir souverain, il est naturel que l'organe principal d'exercice des maẓālim soit la personne même qui, dans un Etat, est le titulaire de ce pouvoir souverain, le prince.

En deuxième rang c'est toute personne qui, par délégation du prince, assume la direction générale des affaires de l'Etat, le ministre et tout autre haut dignitaire assimilé, et, sous réserve de la limitation territoriale de compétence, le gouverneur de province.

Dans tous ces cas, les maẓālim ne sont pas exercées à titre de fonction distincte, mais comme la manifestation d'un pouvoir supérieur général. Mais à partir d'une certaine époque, que nous essaierons par la suite de déterminer, les maẓālim s'affranchissent de ce pouvoir pour prendre figure et consistance d'institution autonome. Alors, l'institution aura son propre titulaire distinct, tout comme ses attributions pourront être conférées à des fonctionnaires non titulaires d'un pouvoir supérieur général. Mais ce phénomène n'aura

litiges concernant les militaires, le *ḳāḍi al-ʿaskar*. Mais cette interprétation ne me paraît pas très sûre. Le terme *ʿaskar* a aussi une acception toute différente. Un des faubourgs de Bagdad portait le nom de *ʿAskar Al-Mahdi* ou, sous une forme abrégée, *ʿAskar*. Une nomination aux maẓālim al-ʿaskar peut bien vouloir signifier la désignation aux maẓālim de la circonscription territoriale connue sous le nom de ʿaskar. La suite du texte de Ibn Ḫallikān coufirmerait cette interprétation. Parlant toujours de Muḥammad Dāwūd, cet historien ajoute : il fut nommé « aux maẓālim à *ʿaskar* ولي . . . المظالم بالعسكر ». Nous verrons plus loin, en étudiant la šurṭa, que l'expression شرطة العسكر désigne certainement le poste de šurṭa dans la circonscription du quartier de *ʿAskar*.

Mais il a existé d'autres cas certains de répartition de compétence *ratione personæ* (v. *infra*).

pas pour conséquence de porter atteinte à la compétence du souverain, ministre ou gouverneur.

## §. Ier — L'exercice des mazalim par les souverains

L'exercice de la justice des maẓālim par les califes et sultans, en Islam, est pour eux l'occasion de manifester, d'une façon éclatante, leur puissance souveraine. C'est un signe spécifiquement caractéristique de cette puissance que la tenue d'audiences de maẓālim. C'est pourquoi, dans les grandes solennités publiques présidées par le souverain — les *mawākib* ( مواكب ) — une phase spéciale est réservée à une audience à laquelle tout particulier, victime d'une injustice, peut lui présenter sa plainte, sa *maẓlama*[1]. Pour assurer un grand prestige à l'exercice de cette fonction, les souverains bâtiront des palais, spécialement affectés aux services de la juridiction des maẓālim. Et lorsque, à certaines époques, la coutume royale de l'exercice direct et effectif des maẓālim tombe en désuétude, le souverain tiendra toujours à maintenir la tradition, au moins, à titre symbolique. C'est ainsi que, suivant le témoignage de Maḳrīzi, le sultan Barḳūḳ, de la dynastie des Mamluks burǧites, tenait dans le palais de *dār al-'adl* une audience de maẓālim deux fois par semaine, à l'instar de ses prédécesseurs ; cette audience avait lieu de très bon matin ; elle était très brève ; on y lisait au sultan quelques requêtes seulement. Mais l'historien ajoute immédiatement : c'était là, une simple formalité, « ayant seulement pour but, de maintenir les usages de la royauté » ( لا لمعنى سوى اقامة رسوم المملكة )[2].

C'est un fait que l'exercice effectif de la justice des maẓālim par les souverains, en Islam, s'est toujours trouvé en dépendance étroite avec le degré d'autorité effective que ces souverains possédaient ; que, pendant des périodes d'apogée du pouvoir royal et sous les monarques jaloux de leurs prérogatives, la pratique des maẓālim par les souverains était constante, tandis que, pendant les périodes de décadence, cette pratique tombait en désuétude. C'est une constatation très aisée à faire pour l'époque abbasside. L'opinion publique n'admettait pas qu'un souverain, dont l'autorité était reconnue, montrât

(1) Ḳalk., VI, 209. (2) Maḳrīzi, III, 336.

de l'indifférence, même passagère, à exercer les maẓālim. Ṭabari rapporte, à cet égard, que le calife abbasside Hādi, étant resté trois jours consécutifs sans tenir une audience de maẓālim, un de ses favoris se permit de lui en faire l'observation : « Le peuple, ô monarque, ne peut pas se résigner à vous voir suivre cette conduite : depuis trois jours[1] vous n'avez pas statué sur les maẓālim ! ». Suivant une variante de la même anecdote, le calife se rendant un jour chez sa mère fut accosté par un passant qui n'auraitt pas eu crainte de lui dire qu'il y avait pour lui une œuvre plus urgente à accomplir que de visiter sa mère, celle d'aller juger les requêtes des maẓālim qu'il négligeait depuis trois jours[2].

C'est, par ailleurs, un fait significatif que lorsque des gouverneurs de province entrent en conflit avec le pouvoir central pour secouer son joug et s'ériger en princes indépendants et lorsque, dans une phase plus développée, ils sont déjà arrivés à leurs fins cependant que leur nouvelle situation n'est pas encore nettement affirmée, ils paraissent animés d'un zèle particulier dans l'exercice de la justice des maẓālim. Ils y voient un des moyens les plus appropriés pour manifester et assurer un pouvoir non encore suffisamment affermi. Ainsi, suivant des textes que nous avons déjà eu l'occasion de citer à un autre point de vue, à l'époque où Aḥmad ibn Ṭūlūn, échappant de plus en plus à la suzeraineté des califes abbassides de Bagdad, jetait les bases d'une dynastie indépendante, en Egypte, « il tenait assidûment des audiences de maẓālim, à tel point que le ḳāḍi alors en exercice, n'eut plus rien à faire, les justiciables se dispensant de recourir à sa juridiction, pour suivre celle des maẓālim[3] ». Un représentant d'une autre dynastie égyptienne, celle des Iḫšidides, le prince Kāfūr, multipliait ses audiences de maẓālim, à tel point que le ḳāḍi en exercice, Al-Duhli « apparut, dit la chronique, comme s'il avait été frappé d'interdiction[4] ».

L'administration de la justice selon le procédé des maẓālim, en Islam, antérieurement à l'époque abbasside, étant, à notre avis, un point d'histoire discutable, que nous reprendrons plus loin, à propos de la question des origines de l'institution, il est certain tout au moins que ce fut Mahdi, troisième calife de la dynastie abbasside, qui commença à exercer, personnellement, cette forme de justice. Tous les auteurs traditionalistes, les chroniqueurs et les annalistes

(1) Ṭabari, VI, 429. (2) Ṭabari, VI, 430. (3) *Wulāt*, 512.
(4) *Wulāt*, 584.

affirment unanimement que Mahdi fut le premier calife abbasside qui ait tenu des audiences de maẓālim[1].

La chronique insiste sur le zèle et l'assiduité avec lesquels il exerçait cette justice. « Il siégeait à tout moment pour les maẓālim » (كان يجلس في كل وقت لرد المظالم), dit Ṭiḳṭaḳi, l'auteur des *Adāb sulṭānyya*[2] ». C'était là pour lui un moyen non seulement d'assurer l'administration de la justice mais aussi de rehausser le prestige de son autorité et manifester publiquement le soin qu'il prenait des intérêts de ses sujets. Les annalistes racontent, à ce sujet, que Mahdi faisait toujours participer à ses audiences des magistrats de l'ordre judiciaire, des ḳāḍi, afin, disait-il, que ces magistrats fussent témoins du soin qu'il prenait effectivement de la répression des abus et des injustices[3]. Aussi, les anecdotes historiques relatives à l'exercice des maẓālim par Mahdi sont-elles très nombreuses.

Le successeur de Mahdi, le calife Hādi ne semble pas avoir été moins assidu dans l'administration de la justice. Il y a de l'exagération, peut-être, dans ce passage des annales de Ṭabari qui raconte que le public manifestait de l'étonnement et de l'impatience lorsque Mahdi restait pendant trois jours sans tenir une audience de maẓālim. Mais le trait demeure significatif au point de vue de l'activité du souverain en cette matière.

La pratique de la justice des maẓālim devient une tradition qu'observent scrupuleusement les premiers califes abbassides à tel point qu'elle apparaît comme une des règles essentielles du gouvernement de l'Etat. C'est ainsi que, parmi les recommandations que Abū-Yūsof fait à Hārūn Al-Rašīd, l'exercice de cette fonction est représenté comme une condition d'un bon gouvernement, dont les ef-

(1) C'est une formule qu'on trouve chez beaucoup d'auteurs : ثم جلس لها ( المظالم ) من خلفاء بني العبّاس جماعة فكان اول من جلس لها المهدي (Māwardi, 74 ; Nuwayri, VI, 270 ; Maḳrīzi, III, 336 ).

Cependant des textes dignes de foi rapportent que déjà sous le règne de Manṣūr, il existait une fonction distincte de maẓālim. D'après Ibn Al-Ḫaṭīb, par exemple ( X, 306, XIV, 102 ), ce calife avait désigné le nommé Ḥasan ibn 'Imāra à ce poste, qui d'après Ṭabari, aurait aussi été proposé à Abū-Ḥanīfa ( VI, 238 ). On pourrait bien en conclure que si Manṣūr a désigné des suppléants pour exercer les maẓālim il a dû commencer par les exereer lui-même. (2) Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlwardt. (3) Ṭabari, VI, 394.

fets se font ressentir même dans le rendement des impôts, les contribuables étant portés à les acquitter régulièrement sous un régime où les principes de justice sont rigoureusement observés ; le calife se rend par là agréable à Dieu. Abū-Yūsof recommande, en conséquence, à son souverain de tenir une audience de maẓālim une fois chaque mois ou chaque deux mois, pour entendre les plaintes que peuvent lui présenter ses sujets, venant de toutes les contrées de son vaste empire ; et, au cas où il ne peut, à une audience, statuer sur les plaintes de tous les individus qui s'y sont présentés, de les renvoyer à l'audience suivante, afin que personne ne souffre d'un déni de justice, etc...[1].

D'autres textes prouvent qu'effectivement, Hārūn Al-Rašīd suivait les recommandations de son conseiller. La chronique rapporte que le ministre de ce calife, Yaḥya Al-Barmaki, ayant reçu un matin la visite d'un de ses amis, se trouva obligé de prendre congé de lui, parce que, dit-il, « il devait se rendre auprès du calife pour prendre part au conseil des maẓālim et que ce conseil ne sera levé qu'à midi[2] ». Les textes citent aussi le nom du greffier qui assistait le souverain à ses audiences de maẓālim[3].

Nombreuses sont aussi les anecdotes relatives à l'exercice de la justice des maẓālim par Ma'mūn[4]. La chronique ajoute que ce calife ne tranchait pas toujours, sur le champ, les différends qui lui étaient soumis, surtout lorsque de nombreuses plaintes étaient inscrites au rôle de l'audience : il renvoyait alors le prononcé de la sentence à une audience ultérieure. Le chroniqueur de Bagdad, Ṭayfūr, rapporte que Ma'mūn convoqua un jour l'un de ses ministres, Aḥmad ibn Ḫālid, de très bonne heure ; car, lui dit-il, « les plaintes sont devenues nombreuses et les intéressés attendent impatiemment notre sentence[5] ».

Après Ma'mūn, l'exercice des maẓālim par les califes paraît être abandonné. La chronique ne rapporte plus de traits à ce sujet. S'il se trouve quelques textes où le nom d'un calife est cité à propos d'une procédure de maẓālim, c'est pour indiquer qu'il a renvoyé l'examen de la plainte à quelque dignitaire[6].

(1) Abū-Yūsof, éd. égypt., 133 et s. (2) *Aġāni*, nouv. éd., V, 90.
(3) Ibn Ḫaldūn, 247. (4) Māwardi, 80 ; Ibn 'Abd-rabbihi, I, 10 ; Išbahāni, I, 123 ; Ṭayfūr, 101 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 227. (5) Ṭayfūr, 221.
(5) Ibn Al-Ḫaṭīb, IV, 146.

Et ceci est bien compréhensible et se rattache au mouvement de décadence du pouvoir personnel des califes auxquels des ministres omnipotents n'en laissaient que l'apparence. Une exception, cependant, est signalée : le calife Muhtadi ( 255/869 - 256/870 ) reprend l'ancienne pratique. Suivant Ṭiktaḳi, ce monarque « tenait des au- « diences de maẓālim et rendait des jugements que tout le monde « approuvait[1] ». D'après une tradition, il est représenté comme exerçant cette fonction avec une particulière vigilance. Un témoin rapporte, en effet, avoir assisté à l'une des audiences de ce calife et l'avoir vu « se faisant lire toutes les requêtes, de leur commence- « ment à leur fin, et ordonnant ensuite d'inscrire sur elles la sen- « tence au bas de laquelle il apposait son cachet[2] ». Dans une autre circonstance, on voit Muhtadi tenant audience dans « une salle rem- « plie du monde comprenant aussi bien des personnes de qualité « que des personnes de condition ordinaire[3] ».

En Cyrénaïque, l'émir Ibrāhim ibn Aḥmad, de la deuxième moitié du IIIe s. h., se rend populaire, notamment par son assiduité à rendre la justice des maẓālim[4].

En Egypte, les chefs des nouvelles dynasties qui se libèrent de l'autorité des Abbassides reprennent pour leur propre compte la tradition. Nous avons vu, en effet, comment Aḥmad ibn Ṭūlūn, fondateur de la dynastie des Tulunides, et Kāfūr, troisième et avant dernier roi de la dynastie des Iḫšidides, tenaient à manifester leur pouvoir souverain en siégeant souvent à des audiences de maẓālim[5].

Quant aux Fatimites, il semble qu'aucun de leurs monarques n'ait exercé lui-même cette fonction ; ils la déléguaient toujours à de hauts dignitaires de l'Etat[6]. Mais le roi Nūr al-dīn ibn Zanki, avant même que l'Egypte fût soumise à la domination de la dynastie ayyubite, que son neveu Saladin allait fonder en Egypte, tenait des audiences de maẓālim dans le palais qu'il s'était fait construire à Damas, sa capitale, dans les conditions décrites plus haut. A son tour, Saladin montra une grande application à maintenir cette tradition. Il siégeait, dit son chroniqueur, Ibn Šaddād, « les lundi et jeudi de

(1) Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlwardt, 261.
(2) Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 75 : Abu Al-Maḥāsin, II, 267 ; Iṣbahāni, I, 123.
(3) Mas'ūdi, II, 432.
(4) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 203 ; Ibn Al-Aṯīr, 247.
(5) V. *supra*, 476 ; *adde* Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 315 ; Makrīzi, III, 337.
(6) Cf. cependant, pour le calife Al-Ḥākim, Abū Al-Maḥāsin, IV, 180.

chaque semaine, ouvrant sa porte à tous les justiciables, permettant à toute personne, puissante ou humble, de s'adresser à lui »... sans pour cela refuser de recevoir tous autres plaignants, à d'autres jours...[1].

Il faut, de nouveau, attendre l'époque des Mamluks pour voir reprendre l'ancienne coutume royale. Après Aybak, premier monarque mamluk, qui déléguait les maẓālim à son ministre, son successeur immédiat Baybars, tient en personne les audiences à cet effet. Font de même les sultans Muḥammad ibn Ḳalāwūn, Barḳūḳ, Faraǧ, Šayḫ.

Dans les diverses principautés, qui à la suite de la décadence de l'empire abbasside, s'érigèrent dans différentes contrées, les chefs de ces Etats exercent aussi les maẓālim.

Dans les diplômes d'investiture que sollicitaient encore du calife de Bagdad certains chefs de principautés ou de royaumes, qui bien qu'indépendants en fait cherchaient à donner une consécration légale à leur situation, une des attributions reconnues au vice-roi était les maẓālim[2].

Ibn Ḫaldūn décrit les audiences de maẓālim que tenait l'émir Šihāb al-dīn, prince du royaume de Gazna[3]. D'après le même historien, dans le royaume de Ḫawarazm, la mère du sultan Ibn Ṭaḳaš, de la deuxième moitié du VIe s. h., qui, en fait, exerçait elle-même le pouvoir, tenait, en conséquence, des audiences de justice[4]. Deux siècles, environ, plus tard, Ibn Baṭūṭa rapporte que l'émir de ce même royaume tenait habituellement des audiences de maẓālim auxquelles « les plaideurs venaient se faire rendre justice[5] ». A la même époque, le sultan de Delhi siège aux maẓālim deux fois par semaine[6]. Le sultan d'une autre contrée des Indes, Muḥammad Šāh, était, suivant l'expression du même chroniqueur, particulièrement « ferme et appliqué dans l'administration de la justice et la pratique des maẓālim... ; il siégeait à cet effet deux fois par semaine... ; quant aux requêtes qui lui étaient présentées en dehors de ces audiences, il les examinait, chaque jour, dans la soirée[7] ».

(1) Ibn Šaddād, 10. (2) Ḳalk., X, 31. (3) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 410, (4) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, V, 111. (5) Ibn Baṭūṭa, éd. Meynard, I, 221. (6) Ibn Baṭūṭa, éd. Meynard, II, 53. (7) Ibn Baṭūṭa, éd. Meynard, II, 63.

De même, dans les royaumes de Tunisie et du Maroc, les souverains tenaient des audiences régulières de maẓālim, suivant des rites fixés par la coutume et différant, comme nous le verrons, suivant chacun de ce pays[1]. Le souverains d'Espagne exercent aussi la justice des mazālim.

## §. 2. — L'exercice des mazalim par les ministres et gouverneurs

Après les souverains, les personnages qui sont le plus qualifiés, en vertu même de leur situation propre, pour exercer de plein droit la juridiction des maẓālim, sont les ministres et les gouverneurs de province. Māwardi et, à sa suite, tous les auteurs, présentent, en effet, la compétence en cette matière comme une attribution naturelle des fonctionnaires, qui, dans l'Etat, ont un pouvoir de direction et d'administration générales. C'est une conséquence, en même temps, de ce fait que l'institution des mazālim suppose essentiellement chez son titulaire une puissance effective supérieure, capable de faire prévaloir à l'encontre de toutes personnes les solutions de justice. Or, les ministres et gouverneurs possèdent naturellement cette puissance. C'est pourquoi aussi, en théorie, ce sont les ministres qui ont un pouvoir effectif de décision, ceux qu'on appelle *wuzarā' al-tafwīḍ* (وزراء التفويض), qui, seuls, sont qualifiés pour l'exercice des maẓālim et non les ministres appelés *wuzarā' al-tanfīḏ*, c'est-à-dire ceux qui, en raison du caractère autoritaire du souverain, n'ont pas reçu une délégation générale de pouvoir et ne sont que des agents d'exécution[2].

En conséquence, les diplômes de nomination des ministres contiennent mention expresse de leur compétence, le cas échéant, en matière de maẓālim[3].

La compétence des gouverneurs, aussi, comporte une réserve. On distingue en droit public musulman, entre le gouvernement gé-

(1) Ḳalḳ., V, 144, 206. Ibn Baṭūṭa, voyageant au Maroc, vante le soin que prenait le sultan de ce pays, Abū 'Inān (VIIIe s. h.), de l'exercice de la justice des maẓālim (Ibn Baṭūṭa, II, 182). (2) Māwardi, 25. (3) Ḳalḳ., X, 15.

néral (الامارة العامة) et le gouvernement spécial (الامارة الخاصة) des provinces. La première fonction donne à son titulaire tous les pouvoirs publics à l'intérieur de la province : commandement civil et militaire, juridiction, finances. Le gouverneur général peut, en conséquence, exercer la justice des mazālim dans toute son étendue. Le gouvernement spécial ne comporte pas les pouvoirs de juridiction et de finances. Le titulaire de cette fonction n'ayant pas le pouvoir de juridiction ordinaire ne possède pas, *a fortiori*, le pouvoir général de juridiction des maẓālim. Mais il exerce une partie des attributions des maẓālim, celle qui a pour objet d'assurer, au besoin, l'exécution des décisions judiciaires. C'est normal, puisque tout gouverneur dispose du pouvoir exécutif et de la force armée[1].

Les puissants ministres barmakides s'adonnent fréquemment à l'exercice de la justice des maẓālim. Les textes rapportent que Yaḥya ibn Ḫālid tenait habituellement des audiences à cet effet[2]. Il rédigeait, dit la chronique, les décisions de sa propre écriture[3]. De même, son fils, Ǧa'far, rendait la justice, et les textes vantent sa célérité dans le jugement des affaires[4]. Même convoqué par le calife, il ne levait l'audience qu'après avoir terminé l'examen de toutes les affaires inscrites au rôle[5]. Divers textes mentionnent l'exercice des maẓālim par des ministres, sous Mu'tasim, Waṯik, Mu'tamid[6].

Mais, parmi les ministres de la dynastie abbasside, celui qui, paraît avoir manifesté la plus grande activité dans l'administration des maẓālim est le ministre, déjà cité, du calife Muḳtadir, Abū Al-Ḥasan ibn Al-Furāt[7]. L'autre ministre du même calife, 'Ali ibn 'Isa, rival de Ibn Al-Furāt, maintient la tradition[8].

Au milieu du IVe siècle h., le diplôme d'investiture des ministres buyides comporte délégation de la juridiction des maẓālim[9].

(1) Māwardi, 28, 30. (2) Māwardi, 97 ; Ibn Ḫallikān, I, 521.
(3) Maḳrīzi, III, 367. — Ce texte parle de Yaḥya ibn Ga'far. C'est un lapsus évident : il n'y a pas eu parmi les barmakides connus un personnage de ce nom (cf. *E. I.*, V° *barmakides*). Il doit s'agir de Ǧa'far ibn Yaḥya ou de Yaḥya ibn Ḫālid.
(4) Ǧahšiyāri, 204 ; Ibn Ḫallikān, I, 493. (5) Gahšiyāri, 210-211.
(6) Ibn Ḫallikān, I, 521 ; Ṭabari, VII, 331 ; Balāḏuri, éd. Riḍwān, *Introd.*, 14.
(7) Ṣābi', 52, 107, 109, 143, 222, 336, 341, 346 ; Ibn Ḫallikān, I, 481. (8) Ṣābi', 341 ; *Ṣilat* de Ṭabari, 34, 105. (9) Ḳalḳ., X, 15. Cf. l'exercice des maẓālim par un ministre du calife Muktadir, Hamaḏāni (467/1075 - 487/1094), (Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlwardt, 344).

Sous la dynastie des Fatimites, le fameux Ǧawhar, ministre et commandant en chef du premier de ces califes, Mu'izz, siégeait ordinairement tous les samedis pour l'administration de la justice des maẓālim[1]. Ya'ḳūb ibn Killis, ministre du deuxième calife fatimite, 'Azīz, tenait, d'après la biographie de Ibn Ḫallikān, audience de mazālim, chaque jour, après la prière du matin[2]. Le ministre de Mustanṣir, Ǧamāli, suivit la même coutume.

A partir de ce moment, disent les historiens, il devint de coutume que, lorsque le ministre, était un militaire (صاحب سيف), l'exercice des maẓālim rentrât dans ses attributions; et pour ses audiences à cet effet, des règles spéciales de procédure et de protocole furent établies[3].

Lorsque, sous les Mamluks, la fonction de ministre fut supprimée et remplacée par celle de *nā'ib*, la compétence en matière de maẓālim lui fut dévolue. Comme l'ancien ministre, et concurremment avec le sultan, le *nā'ib* tient des audiences de maẓālim, suivant une procédure dont tous les détails sont fixés conformément à un protocole rigide[4].

Les gouverneurs possédaient ce même pouvoir de juridiction. La chronique d'Egypte, de Kindi, mentionne souvent la désignation par les gouverneurs, de vicaires pour l'exercice des maẓālim. Mais ils les exerçaient aussi eux-mêmes. On voit, en effet, certains gouverneurs tenir des audiences à cet effet[5]. Dans l'empire mamluk, les gouverneurs des diverses niyābāt, comme celles de Damas, Alep, Tripoli, etc... tenaient des audiences de maẓālim, suivant la coutume même de leurs maîtres du Caire[6].

Aux ministres et gouverneurs, il y a lieu d'assimiler certains personnages qui, occupant un haut poste dans la hiérarchie administrative ou militaire, sont arrivés par leur prestige et leurs qualités exceptionnels à exercer dans les affaires de l'Etat une influence prépondérante et à devenir, en fait, les véritables ministres du souverain. Tel fut le cas du célébre Ṭāhir ibn Al-Ḥusayn, auprès de Ma'mūn. C'est ce Ṭāhir qui commandait les forces de ce calife dans sa lutte

(1) Maḳrīzi, III, 336; Ibn Ḫallikān, I, 149. (2) Ibn Ḫallikān, II, 441. (3) Makrīzi, III, 336; Ḳalḳ., III, 483, 529; Ḳalḳ., IV, 16 et ss. (4) Ḳalḳ., V, 464; VI, 209; Maḳrīzi, III, 348 et ss. (5) Ǧahšiyāri, 218-222; Ibn Al-Ḫaṭīb, III, 318. (6) Cf. Sauvaget, 204 et ss.

contre son frère Amīn ; et ce fut lui qui assura le triomphe de son maître, après avoir assiégé, à Bagdad, Amīn et l'y avoir vaincu et mis à mort. Ṭāhir devint alors le bras droit de Ma'mūn ; il fut, après le souverain, le premier personnage dans l'Etat ; mais officiellement, il n'eut pas le titre de wazīr[1]. Or, suivant le témoignage de l'historien Ṭayfūr, Ṭāhir tenait habituellement des audiences de maẓalim[2].

Parfois, même, des personnages qui n'occupent aucun poste officiel, mais exercent, en fait, une influence prépondérante dans l'Etat, s'arrogent le droit de rendre la justice. Ainsi, la mère du calife Muḳtadir charge une femme de confiance de son entourage, de tenir régulièrement des audiences de maẓālim à Bagdad[3].

## §. 3. — Le pouvoir des mazalim délégué

Dès les origines mêmes de l'institution, on constate que le pouvoir de juridiction des mazālim est, parfois, délégué par ses titulaires de droit, souverains, ministres, gouverneurs. Cela n'a rien d'étonnant : nous avons vu, en étudiant le statut juridique de la magistrature ordinaire, que le pouvoir des juges reposait sur un système de délégation du souverain[4]. En général, dans le système du droit public musulman, tout titulaire d'une fonction peut la déléguer. En matière de mazālim, il y avait, cependant, une difficulté, inhérente à la nature même de la fonction. Elle est, avons-nous dit, la manifestation d'une justice supérieure ; elle suppose, chez celui qui l'exerce, un pouvoir de droit et de fait qui doit prévaloir sur le pouvoir et la puissance de toute autre personne. Le délégué du souverain, du ministre, du gouverneur ne possède pas, nécessairement, ce pouvoir incoercible. C'est pourquoi, dans l'évolution de l'institution, envisagée au point de vue de la délégation des pouvoirs qu'elle comporte, on peut distinguer une première phase dans laquelle la délégation n'est pratiquée que dans une mesure restreinte, en ce sens que le délégué n'acquiert pas lui-même pouvoir de décision. Des textes rapportent que, déjà, le calife Manṣūr confiait la justice des maẓālim à un fonctionnaire distinct. Pour la période de Mahdi, la chronique

(1) Abū Al-Maḥāsin, II, 184 ; احد قواد المأمون والقائم بأمره (2) Ṭayfūr, 128, 157.
(3) *Ṣilat al-Ṭabari*, 50 ; *adde*, pour un cas analogue, Ibn Ḫaldūn, V, 111.
(4) V. *supra*, 100 s.

cite, notamment, le nom de trois personnages qui furent, à des dates différentes, préposés par le calife, aux maẓālim : 'Umar ibn Mutraf[1], Sallām[2], Ibn Ṯawbān[3]. Ces préposés portaient bien le titre de *ṣāḥib al-maẓālim* ( titulaires des maẓalim ).

Mais jusqu'où s'étendait en réalité la délégation ainsi conférée ? Pour quelques-uns de ces préposés, les textes nous fournissent une réponse nette. Ṭabari, qui rapporte un cas de mazālim soumis, en l'an 169 h., à Sallām, donne les détails suivants : la requête fut présentée à Sallām « qui la soumit à Maḥdi » et ce fut le calife qui statua sur le cas[4]. Un autre texte du même auteur est encore plus précis. Ibn Ṯawbān « tenait ses audiences à Bagdad, dans le quartier de Ruṣafa ; à chacune de ces audiences, dès qu'un certain nombre de requêtes lui étaient remises, il les présentait à Mahdi » qui devait lui-même les examiner[5]. Dans cette première phase, donc, l'agent délégué des maẓālim n'est qu'un agent institué pour recevoir les requêtes, au besoin, entendre les plaintes, peut-être, les instruire ; mais il ne possède pas de pouvoir de décision.

Jusqu'à quelle date s'étend cette phase, nous ne saurions le dire avec précision. Cependant, il paraît sûr que sous le califat de Muktadir ( 295/908 - 320/932 ), elle était déjà révolue ; les agents délégués acquièrent un pouvoir personnel de décision. Un texte de Ṣābi rapporte que le ministre de ce souverain, Ibn Al-Furāt, lorsqu'il n'arrivait pas à juger lui-même les affaires portées aux audiences qu'il tenait chaque dimanche, chargeait l'agent des maẓālim ( صاحب ديوان المظالم ) et un magistrat d'examiner les plaintes et de statuer eux-mêmes sur certaines d'entre elles.

La désignation d'un agent spécial pour l'exercice des maẓālim avait-elle pour effet de conférer à cet agent, seul, le droit de justice, le délégant abandonnant tout pouvoir ? Certainement, non. En droit, la délégation avait un caractère précaire : d'une part, elle pouvait être retirée à tout moment ; d'autre part, elle n'impliquait pas renonciation, entretemps, du délégant à l'exercice, par lui-même, de la juridiction. En fait, les textes montrent que les titulaires de ce droit de justice ont toujours continué à l'exercer concurremment avec les agents qu'ils déléguaient à cet effet.

(1) Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 78. (2) Ibn 'Abd-rabbihi, I, 95 ; Ṭabari, VII, 82.
(3) Ṭabari, VI, 319 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, XIII, 179. (4) Ṭabari, VI, 396.
(5) Ṭabari, VI, 319.

Cependant, il faut bien préciser l'étendue des attributions qui rentraient dans la délégation : l'agent délégué exerçait-il la même compétence que le délégant ? Sur ce point, les auteurs de droit public enseignent une doctrine théoriquement bien nette. Si l'agent délégué est un personnage dont l'autorité et le prestige personnels égalent ceux des titulaires de droit des maẓālim, ministres et gouverneurs, la délégation peut comprendre toutes les attributions que ces derniers possèdent, c'est-à-dire, les attributions qui rentrent dans la compétence générale des maẓālim, telles que nous les avons plus haut énumérées ; sinon, l'agent ne peut recevoir délégation que pour les matières du contentieux judiciaire proprement dit qui rentrent dans la compétence des maẓālim, c'est-à-dire, les litiges du contentieux judiciaire dans lesquels le juge ordinaire n'arrive pas, à raison de son impuissance de fait, à assurer la sanction du droit violé[1]. Et tel semble être aussi l'état de la pratique. Un texte déjà cité de Ṣābi' est, pour une époque relativement reculée, suffisamment révélateur sur ce point. Lorsque le ministre Ibn Al-Furāt, n'ayant pas le temps d'entendre lui-même toutes les plaintes de maẓālim qui lui étaient présentées, délègue à cet effet deux agents, il leur accorde pouvoir en ces termes : « Vous examinerez les requêtes ; vous statuerez vous-mêmes sur celles relatives aux matières pour lesquelles vous avez pouvoir de décision ; et vous laisserez de côté les autres requêtes dont l'examen m'est réservé[2] ».

Les formules de certains diplômes de nomination à des postes de maẓālim sont encore plus précises. Un diplôme délivré au nom du calife abbasside, Muṭī' ( 334/946 - 363/974 ), pour le poste d'agent des maẓālim dans la ville de Bagdad, fixe en ces termes l'étendue de ses attributions : « Toutes les contestations qui relèvent de la compétence des ḳaḍi devront lui être renvoyées ; cet agent des maẓālim connaîtra des *ġuṣūb*[3]... ». Or, nous savons ce que ce terme signifie : les actes d'injustice, d'usurpation, commis par de puissants person-

(1) Māwardi, 73. (2) Ṣābi', 107 « . . . وتستدعيا القصص وتوقعا فيها فيما يجوز توقيعكما وتقررا ما لا بد من وقوفي عليه » .

La suite du texte de Ṣābi' contient des détails encore plus nets. On y voit que les agents ainsi délégués par le ministre statuèrent sur les plaintes pour lesquelles ils avaient reçu pouvoir et qu'ils en réservèrent dix au ministre lui-même. L'une de ces dix requêtes renfermait une plainte des habitants de deux provinces. Or, le motif pour lequel les délégués se recusèrent consistait en ce qu'ils supposèrent que cette plainte avait pour objet des abus commis par un agent du fisc dans la perception des impôts, objet qui dépassait, précisément, le cadre de la compétence judiciaire ordinaire. (3) Ḳalḳ., X, 243.

nages à l'égard desquels le juge ordinaire se trouve impuissant. Un autre diplôme, daté de l'année 380/991, renferme les mêmes précisions, les mêmes limitations de compétence[1].

Autre trait important : l'agent délégué des maẓālim n'apparaît plus comme un organisme supérieur par rapport à l'organisme de la justice ordinaire. Ce sont simplement deux organismes concurrents et égaux. De telle sorte que l'agent délégué des maẓalim, même dans le domaine du contentieux ordinaire, ne se trouve pas qualifié pour exercer un contrôle sur les décisions des ḳaḍi ; et, par conséquent, aucun recours ne peut être valablement porté contre elles devant l'agent des maẓalim. Les diplômes d'investiture insistent sur ce point. Ils prescrivent formellement à l'agent des maẓalim de ne pas s'immiscer dans l'activité des ḳaḍi, de ne pas porter atteinte aux décisions qu'ils rendent. Ces décisions ont, auprès de l'agent des maẓalim, autorité de chose jugée[2]. Tout au plus, s'il s'agit d'une affaire dans laquelle est déjà intervenue une décision judiciaire, l'agent des maẓalim aura qualité pour exercer son autorité au cas où le magistrat n'arrive pas lui-même à faire exécuter sa sentence, à l'effet, précisément, d'assurer cette exécution. Il y a là un nouveau chef d'attribution des agents des maẓalim.

Dans le domaine de compétence ainsi précisé, la délégation pouvait être de portée plus ou moins étendue. Un agent pouvait être délégué à la justice des maẓalim pour une catégorie déterminée de litiges. Ainsi, le calife Mu'taḍid ( 279/882 - 288/902 ) avait réparti les maẓalim en deux catégories : les plaintes portées contre des personnes de la cour du souverain ( مظالم الخاصة ) et les plaintes portées contre toutes autres personnes, en général ( مظالم العامة ), et il avait désigné pour chacune de ces catégories un délégué spécial[3].

En tout cas, la désignation d'un agent des mazalim nécessite une nomination expresse. « S'il ne s'agit pas, dit Māwardi, d'une personne qui possède une compétence générale ( telle qu'un ministre ou un gouverneur ), la compétence en matière de mazalim n'est acquise

(1) Ḳalḳ., X, 247.

(2) وامره بان لا يرد للقضاة حكماً يمضونه ولا سجلاً ينفذونه ولا يعقب ذلك بفسخ ولا يطرّق عليه النقض بل يكون لهم موافقاً مؤازراً ولاحكامهم عاضداً ناصراً . فاذا وجد القصة قد سبقت والحكومة قد وقعت فليس هناك شكّ يوقف عنده ولا ريب يحتاج الى الكشف عنه . . . ( Ḳalḳ., X, 243 )

(3) Ṣābi', 22.

que par l'effet d'une désignation formelle[1] ». Mais cette désignation n'est pas exclusive en ce sens qu'une même personne peut cumuler la fonction des mazalim et d'autres fonctions. Nous verrons que le fait devient très courant pour les magistrats ordinaires.

Une condition, cependant, est requise chez l'agent ainsi désigné, condition nécessitée par la nature même de la fonction : l'agent doit posséder une autorité et un prestige suffisants pour lui permettre d'exercer la justice et de la faire prévaloir à l'égard de toute personne.

L'institution d'agents spéciaux, délégués aux mazalim, dont la compétence est restreinte aux litiges d'ordre privé, allait produire, quant à la nature même de cette forme de justice et à son évolution, des conséquences très importantes, qui aboutiront à une confusion progressive entre la notion de mazalim et la notion de justice ordinaire[2].

D'une part, puisque les mazalim n'apparaissent plus, quant à leur caractère intrinsèque, que comme des actes d'injustice ordinaire, qui ne se distinguent des autres actes d'injustice que par un élément extrinsèque — l'impuissance du juge ordinaire à en assurer la répression — on arrivera à admettre, dès que ce juge ordinaire, dans certaines circonstances de temps et de lieu, aura acquis une autorité et un prestige suffisants pour assurer lui-même l'administration de la justice envers et contre tous, qu'il pourra, lui aussi, recevoir délégation pour l'exercice des mazalim. Mais alors la distinction entre les deux catégories de litiges n'aura plus, ni au fond, ni en la forme, aucun sens et deviendra purement factice.

C'est pourquoi, lorsque les mazalim sont ainsi confiées aux magistrats ordinaires, on peut se demander quel intérêt il subsiste à la distinction entre le contentieux des mazalim et le contentieux ordinaire, puisque l'élément caractéristique des mazalim, à savoir, l'impuissance du juge à assurer la justice à l'égard de certaines personnes, aura disparu. Cet intérêt subsiste, cependant ; et qui nous semble

(1) Māwardi, 73. (2) La concurrence de compétence du juge ordinaire et de l'agent des maẓālim, pour des matières de nature identique, produira nécessairement des conflits entre ces deux ordres de magistrature. Un exemple de ces conflits se trouve rapporté dans la chronique de Ibn Ḥağar : sous le califat de Mu'izz, l'agent des maẓālim et le ḳāḍi qui, se reconnaissant également compétents pour un même litige, rendent deux jugements contradictoires ( *Wulāt*, 587 ).

être le suivant. Exercée à l'égard de puissants personnages, l'administration de la justice pourrait rester déficiente si elle devait être soumise aux règles et aux limitations de la procédure ordinaire : les moyens de preuve autorisés et réglementés par la loi positive, suffisamment efficaces à l'égard des justiciables ordinaires, peuvent ne plus l'être à l'encontre de justiciables influents. On maintiendra la distinction précisément pour permettre au magistrat, toutes les fois qu'il a affaire à un justiciable à l'égard duquel l'exercice de la justice ne peut être assuré par les moyens de la procédure ordinaire, de recourir, à titre de juge des mazalim, à la procédure de cette forme spéciale de la justice.

La communauté de nature entre la juridiction, au titre des mazalim, et la juridiction, au titre ordinaire, sera reconnue officiellement. A un candidat qui sollicitait une fonction publique, le ministre Ibn Al-Furāt, rappelant à ce candidat l'aversion qu'il avait une fois exprimée devant lui, pour la magistrature ordinaire, fait observer, que pour cette même raison, il ne lui offrirait pas un poste d'agent des mazalim, puisque ces deux fonctions sont similaires[1]. Les actes de nomination aux postes des mazalim font ressortir cette similitude : « Le but que doit rechercher le juge et celui que doit rechercher l'agent des mazalim sont les mêmes : assurer la justice[2] ». Des diplômes vont même plus loin ; ils recommandent à l'agent des mazalim de se conformer, dans l'exercice de cette juridiction, aux principes de la loi positive, et, à cet effet, de se faire assister, à ses audiences, par le juge ordinaire, pour recueillir son avis sur les difficultés juridiques soulevées par les procès[3]. A cet égard, la chronique rapporte que lorsque l'intendante de la mère du calife Muḳtadir fut déléguée par celle-ci à l'exercice des maẓālim, elle se faisait assister par le ḳāḍi de la capitale[4].

C'est pourquoi, aussi, le passage d'une fonction à l'autre se fera très naturellement. En particulier, l'agent des maẓālim se trouvera tout qualifié pour être nommé à un poste de ḳāḍi. Ibn 'Imāra, agent des maẓālim, sous le califat de Manṣūr, est muté aux fonctions de ḳāḍi de Bagdad[5]. Sous le califat de Wāṯiḳ, un agent des maẓālim, Ḫalanǧi est nommé ḳāḍi de la province de Hamaḏān, parce que, dit la chronique, dans ses précédentes fonctions, « il s'était montré ha-

(1) Ṣābi', 359. (2) Ḳalḳ., X, 247. (3) Ḳalḳ., X, 334.
(4) *Ṣilat al-Ṭabari*, 50. *Adde*, *Wulāt*, 587. (5) Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 306.

bile dans l'administration de la justice[1] ». L'agent des maẓālim d'Egypte, Ibn ʿAbda, est nommé en 277 h. ḳāḍi de cette province[2].

Mais la conséquence la plus importante, certainement, de la communauté de nature entre les deux institutions, consiste en ce que les agents des maẓālim commenceront à attirer à eux la compétence judiciaire ordinaire et se transformeront eux-mêmes rapidement en juges ordinaires, avec cette seule caractéristique distinctive qu'ils ne seront pas liés, dans l'administration de la justice, par les règles de procédure de la loi positive. C'est ce qui explique que, dans certains cas de vacance d'un poste de magistrature, les agents des maẓālim sont naturellement appelés, sans investiture spéciale, à exercer l'intérim du magistrat. Ainsi, la chronique de Kindi nous apprend qu'en 214/829, après le licenciement du ḳāḍi « ʿIsa ibn Al-Munkadir, le poste de ḳāḍi du Caire étant resté vacant pendant deux années consécutives, ce fut le ṣāhib al-maẓālim du Caire, Ibn Muknif, qui, dans l'intervalle, jugea les procès entre les justiciables[3] ».

C'est dans cette même considération aussi qu'il faut rechercher, à notre sens, l'origine de l'institution du ḥāǧib. Celui-ci a commencé par être un fonctionnaire à qui étaient délégués les maẓālim ; puis, il s'est reconnu le droit de juger tous les litiges, indifféremment, mais en conservant la liberté d'appréciation propre à la procédure des maẓālim. Plus généralement, c'est là probablement qu'il faudrait rechercher l'origine de la justice de la *siyāsa*, telle que nous l'avons examinée plus haut et suivant laquelle, le juge kadial a acquis, dans certains milieux, un pouvoir de juridiction libéré des règles du droit strict[4].

**Les mazalim déléguées à des titulaires à l'exclusion de toute autre fonction ou en concours avec une fonction autre que la magistrature —**

(1) Ibn Al-Ḫatīb, X, 73. (2) *Wulāt*, 480. — Il est intéressant de noter que les nominations d'agents des maẓālim à des postes de magistrature sont considérées comme des promotions, des avancements ; dans la hiérarchie des fonctions publiques la fonction judiciaire est placée à un rang supérieur à celui de la fonction des maẓālim : manifestation de la suprématie de la loi positive, du *šarʿ*, sur le système de la procédure extraordinaire. (3) *Wulāt*, 441. (4) L'explication vaut également pour le cas inverse où c'est l'agent des maẓālim à qui est attribué le contentieux judiciaire ordinaire. Cette dernière compétence réagit sur son statut originaire et prévaut sur lui, de telle sorte que l'agent des maẓālim se transforme en juge ordinaire tout en continuant à appliquer les règles — généralisées — de la siyāsa (*Adde* Tyan, *Méthodologie et sources du droit en Islam*, in *Islamica*, 1959, p. 101 s.

*Ratione loci*, la compétence de l'agent des mazālim dépend les termes mêmes de la délégation. Cet agent peut être délégué pour l'ensemble du territoire de l'Etat ou pour une circonscription déterminée. Pour une meilleure et plus efficace administration de la justice, le prince ou le ministre peut instituer, dans chaque circonscription, un agent spécial pour les maẓālim. On doit admettre que l'agent délégué des maẓālim pour l'ensemble du territoire avait pouvoir de déléguer lui-même des substituts pour les circonscriptions de ce territoire.

La pratique de la délégation qui avait commencé à apparaître dès les origines mêmes de l'institution devient bientôt constante. Le fait se manifeste avec beaucoup de netteté dans le gouvernement des provinces. Les gouverneurs pourvoient à la désignation d'un délégué aux mazālim dans les mêmes conditions où ils pourvoient à la désignation des chefs des autres branches de l'administration. Ainsi, la chronique de Kindi rapporte régulièrement, à propos de chacun des gouverneurs d'Egypte, le nom du magistrat judiciaire, du chef de la šurṭa aussi bien que le nom du délégué aux maẓālim en fonction à l'époque[1]. Cependant après le règne du Ḫumarawayh, vers la fin du IIIe s. h. / fin IXe s., on ne relève plus, en Egypte, — tout au moins, à notre connaissance —, des nominations de ce genre. Cela s'explique, pour la première moitié du IVe s. h., par le fait qu'à cette époque les maẓālim rentrèrent de plein droit dans la compétence du magistrat judiciaire. Cela peut s'expliquer, aussi, pour la période suivante, par le fait que, lorsque les maẓālim n'était pas confiées à des magistrats, le gouverneur ou le prince les exerçaient lui-même.

A Bagdad et dans les provinces rapprochées de ce centre du califat, aux IIIe et IVe s. h., on relève de nombreux cas de nomination aux mazālim à côté de ceux que nous avons déjà eu l'occasion de citer[2].

Sous les Fatimites, au Caire, la fonction des mazālim continue à être confiée, soit à des fonctionnaires distincts, soit à des fonctionnaires, titulaires déjà d'autres postes administratifs. Dès son entrée en Egypte, le calife fatimite Mu'izz délègue aux mazālim 'Abdallah

(1) *Wulāt*, 189, 198, 433, 441, 480, 502, 508, 515; Maḳrīzi, III, 337; Abū Al-Maḥāsin, II, 204, 212; *Wulāt*, 189, 441. (2) Ṭayfūr, 135; Ṭabāri, III/3, 1684, VII, 133, 185, VIII, 155; Ya'ḳūbi, II, 566; Ṣābi', 22, 359; *Ṣilat al-Ṭabari*, 35; Abū Al-Maḥāsin, III, 193, IV, 157; Suyūṭi, *Ḫulafa*, 166; Ḳalk., X, 243.

ibn Ṭawbān[1]. Après la mort de Ya'ḳūb ibn Killis, ministre de Mu'izz et de son successeur 'Azīz, qui avait exercé, avec ses fonctions, celle des mazālim, cette fonction fut attribuée à Ḥasan ibn 'Ammār, premier secrétaire du souverain ( كبير كتّابه )[2]. Mais, bientôt, un nouveau poste apparaît dans la hiérarchie administrative, le poste dit de *al-bāb*. Son titulaire s'appelle *ṣāḥib al-bāb* ( صاحب الباب )[3]. Ce personnage a pour attribution, disent les auteurs, « de connaître des mazālim, lorsque ce n'est pas un militaire qui occupe le poste de la wazāra[4] ». Cependant, encore à cette époque, subsiste concurremment le poste distinct de *ṣāḥib al-maẓālim* et Ḳalḳašandi rapporte un diplôme d'investiture par lequel Ruzzīḳ est nommé à ce poste cumulativement avec celui de l'administration militaire[5]. Ce Ruzzīḳ a été le dernier ṣāḥib al-mazālim sous les Fatimites[6].

Sous les Ayyubites et les Mamluks, les mazālim, lorsqu'elles ne sont pas exercées par le souverain ou le ministre, rentrent dans les attributions du fonctionnaire appelé *ḥāǧib*[7]. L'institution de la ḥiǧāba a eu une grande importance au cours d'une certaine époque, dans l'histoire de l'organisation judiciaire ; et nous lui avons réservé pour ce motif des développements spéciaux que l'on retrouvera plus loin. Le poste distinct de ṣāḥib al-mazālim disparaît définitivement[8].

A part cette compétence générale du ḥāǧib, on reconnaissait à divers autres fonctionnaires supérieurs compétence pour statuer sur les requêtes de mazālim, chacun, en ce qui concerne les matières qui relevaient de son service, tels que le chef de la chancellerie et de la correspondance ( *ṣāḥib dīwān al-inšā'* ), le *dāwādār*, autre fonctionnaire de la chancellerie ; le *atabek*, le chef militaire qui vient immédiatement après le ministre[9].

**Les mazalim déléguées aux magistrats** — Les cas de délégation des mazālim à des magistrats de l'ordre kadial commencent à apparaître dans la première moitié du IIIe s. h., sous le califat de Mutawakkil. C'est l'époque où le pouvoir judiciaire est à son apogée, où les ḳāḍi

(1) *Wulāt*, 587. (2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 55. (3) On rencontre aussi l'appellation de *nā'ib al-bāb* ( نائب الباب ) ( Ibn Ḫallikān, I, 276 ).
(4) Ḳalḳ., III, 483 ; Maḳrīzi. II, 245. (5) Ḳalḳ., V, 452 ; X, 325.
(6) Maḳrīzi, III, 337. (7) Ḳalk., V, 450. (8) Ḳalk., V, 452.
(9) Ḳalk., VI, 209. — Il ressort d'un autre texte du même auteur que l'atābek n'avait pas un pouvoir de décision ( Ḳalk., IV, 18 ).

ont acquis une autorité et un prestige considérables, ce qui les met en mesure d'assurer, en général, l'administration de la justice envers et contre tous. D'après Ibn Ḫaldūn, le calife Ma'mūn aurait délégué aux mazālim son ḳāḍi al-ḳuḍāt Yaḥya ibn Akṯam ; et le successeur de Ma'mūn, Mu'taṣim, y aurait délégué le successeur de Yaḥya ibn Akṯam, Ibn Abi-Dāwūd[1]. — En 237 h., Mutawakkil confie à nouveau les maẓālim à Yaḥya ibn Akṯam, auquel succède, encore dans cette double fonction, Aḥmad ibn abi-Dāwūd, qui est, à son tour, de nouveau, remplacé par Yaḥya ibn Akṯam[2]. En 240, Muḥammad ibn Abi-Dāwūd est nommé ḳāḍi et ṣāḥib al-maẓālim[3]. — Vers la fin du IIIe s. h., le ministre Ibn Al-Furāt délègue aux maẓalim, à Bagdad, le ḳāḍi Tannūḫi[4]. Ce même magistrat sera par la suite nommé aux mêmes fonctions dans la province de Ahwāz[5].

En Egypte, le gouverneur, Muḥammad ibn Sulaymān, désigne, en 292/904, Abū-'Ubaydallah aux postes de la magistrature et des maẓālim[6]. Dans la première moitié du IVe s. h., on rencontre une série de ḳāḍi, notamment, en Egypte, qui cumulent les deux fonctions. Tels sont les cas de Bahrān, vicaire du ḳāḍi d'Egypte, Ḥusayn ibn Harwān, en 331/941 ; de Ibn Al-Ḥaddād, en 333/943[7]. Au VI siècle, la pratique de cette délégation paraît même être devenue constante, en Egypte tout au moins. Ibn Ḥaǧar déclare, en effet, d'une façon générale, qu'à « cette époque, le ḳāḍi connaissait des maẓalim[8] ».

Les Fatimites, lorsqu'ils s'installent en Egypte, continuent cette même tradition. C'est un fait reconnu par tous les historiens. Souvent, dit Ibn Ḫaldūn, ils ( les Fatimites ) confiaient aux ḳāḍi les maẓalim » ainsi d'ailleurs que d'autres fonctions[9]. « Du jour où Mu'izz s'installa en Egypte, la fonction des maẓalim, dit Maḳrīzi, fut tantôt attribuée au ḳaḍi al-ḳuḍat, tantôt à un autre haut personnage[10].

(1) Ibn Ḫaldūn, 222. — Cet auteur raconte même que le calife 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb aurait délégué son kāḍi, Abū-Idris, aux maẓālim ( *eod. loc.* ). Nous examinerons l'authenticité de ce fait à propos de la question des origines de l'institution des maẓālim.
(2) Ibn Ḫallikān, I, 28 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 290, 300. (3) Ibn Ḫallikān, I, 31. (4) Ṣābi', 107. — On peut localiser cet événement entre les années 296/908 et 299/911. En effet, Ṣābi' dit qu'il se produisit au cours du premier ministère de Ibn Al-Furāt. Or, ce personnage fut, pour la première fois, ministre en 296 et il fut destitué en 299 ( Abū Al-Maḥāsin, III, 165, 177 ). (5) Yākūt, V, 232.
(6) *Wulāt*, 480. (7) *Wulāt*, 556, 572. (8) *Wulāt*, 552
وكان القاضي يومئذٍ ينظر في المظالم ويوقع فيها (9) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 56.
(10) Makrīzi, III, 337.

A la même époque, à Bagdad, Mawsawi était nommé ḳaḍi al-ḳuḍat et juge des maẓalim[1].

Un papyrus arabe du Ve s. h., contenant un acte de mariage célébré par un magistrat, porte mention de la double qualité de celui-ci : ḳaḍi et ṣaḥib al-maẓalim[2].

Il est significatif que la plupart des auteurs comme Māwardi, Ibn Ḫaldūn, Maḳrīzi, citent comme exemples de délégations aux maẓalim, des délégations données à cet effet à des magistrats.

---

## Section V. — L'organisation du tribunal des mazalim[3]

### §. Ier — Notions théoriques générales

On peut dire, sous réserve de quelques précisions, qu'à la différence de la justice ordinaire, la justice des maẓalim s'exerce en la forme collégiale en ce sens que si le titulaire de la fonction reste toujours unique et que c'est de lui, personnellement, qu'émane la décision[4], il est cependant assisté obligatoirement d'une assemblée d'as-

(1) Suyūṭi, *Ḫulafa*, 166. (2) Grohman, *Arabic papyri*, I, 102. (3) Il est bien entendu qu'il s'agit là de la justice des maẓālim, exercée par l'autorité supérieure elle-même, souverain, ministre, gouverneurs et autres personnages assimilés, et non celle exercée par des agents délégués. L'organisation du tribunal de ces agents se modèle sur l'organisation du tribunal de la justice ordinaire. Des indications nous sont fournies sur ce point dans certains diplômes d'investiture. Il y est recommandé au ṣāhib al-maẓālim de se faire assister, à l'audience par le juge kadial, qui devra l'éclairer de ses avis sur les difficultés juridiques, ainsi que de greffiers et de scribes (Ḳalk., X, 334). C'est là un nouveau point de ressemblance entre la justice ordinaire et la justice des maẓalim exercée par des agents délégués. (4) Mais on peut rencontrer des exceptions à cette règle: le titulaire des maẓalim déléguant ses pouvoirs à deux agents conjointement. On peut interpréter de la sorte le texte de Ṣābi' qui rapporte le wazīr Ibn Al-Furāt, voulant déléguer les fonctions des mazalim, s'adressa au kaḍi Tannūḫi en lui disant : « Tu siégeras ayant avec toi Aḥmad ibn 'Ubaydallah, l'agent des maẓalim, et vous statuerez vous deux sur les plaintes » (Ṣābi', 107).

sesseurs, le tribunal n'étant pas régulièrement constitué sans leur participation. Tandis que le ḳaḍi statue, seul, le juge des maẓalim statue en son conseil.

Ce principe s'explique principalement par trois ordres de raisons.

Le premier est d'ordre historique. Comme nous le verrons en étudiant les origines des maẓalim, l'adoption de cette institution en Islam, a été due, principalement, à des influences persanes ; elle a dû, en conséquence, tout naturellement se modeler sur l'organisation dont elle tire son origine. Or, la justice suprême était exercée, en Perse, par le souverain siégeant en une assemblée composée de hauts personnages et grands dignitaires de l'Etat.

La deuxième raison est tirée de la nature même de l'institution. L'exercice des maẓalim étant un des manifestations les plus marquantes du pouvoir souverain, une expression de la puissance royale à laquelle se trouve assujettie toute personne, il était naturel que cet exercice fût entouré de toute la pompe et de tout l'apparat par lesquels s'extériorisait l'autorité suprême ; que fût matérialisée, pour ainsi dire, la puissance de cette autorité, capable, par l'assistance que lui procuraient les autres principales autorités, de faire prévaloir ses décisions envers et contre tous.

La tenue de l'assemblée collégiale, enfin, constitue l'élément formel qui permet de distinguer le contrôle des maẓalim du contrôle administratif et hiérarchique lequel, au point de vue matériel, ne s'en distingue pas.

Les règles relatives à la composition du tribunal des maẓalim n'ont pas été toujours uniformes ; et, en tout cas, des différences notables ont existé entre les règles préconisées en théorie, par la doctrine, et la pratique suivie aux différentes époques et par les différents titulaires de la fonction.

En théorie, Mawardi enseigne qu'en dehors du président, titulaire de la fonction, l'assemblée des maẓalim doit comprendre certaines catégories de personnages, dont la participation, suivant l'expression même de cet auteur, « est indispensable et constitue une condition de la validité de la procédure ». Ces catégories sont au nombre de cinq : la première ne comprend pas des personnages qui doivent nécessairement appartenir à une classe particulière, ayant

un statut spécial ; on exige simplement que ce soient de puissants personnages, d'un grand prestige, choisis parmi les collaborateurs ordinaires du souverain ou de celui qui préside le tribunal ; ils sont désignés par l'expression الحماة والاعوان. Les autres catégories comprennent des représentants de la magistrature ordinaire, des ḳaḍi, qui ont pour mission de fournir au président tous les renseignements qu'il peut leur demander au sujet de la manière de conduire les débats et de faire administrer les preuves ; — des juristes, pour donner leur avis sur les difficultés juridiques soulevées par le procès ; — des greffiers ayant pour rôle de consigner les actes de la procédure ; — des *šuhūd*, témoins qualifiés des décisions qui doivent être rendues[1].

Le nombre et le mode de choix de ces divers assesseurs ne sont pas fixés ; ils dépendent de la seule volonté du président.

Cette composition du tribunal des maẓalim correspond bien à la nature de l'institution et à ses fins. Ayant pour fonction de dire le droit, dans toutes les situations où un intérêt légitime est violé et, plus spécialement, dans des procès qui normalement rentrent dans la compétence des juges ordinaires, l'institution fait appel au concours de ces magistrats et à celui d'autres juristes pour indiquer le solution que fournit la loi, la liberté du président étant réservée pour appliquer cette solution dans la mesure que suggère l'équité. Destinée à faire prévaloir cette même solution à l'encontre de justiciables échappant, en fait, à l'autorité de la justice ordinaire, l'institution fait appel au concours de plus puissants personnages, capables de l'imposer à ces justiciables. La participation des greffiers et des šuhūd n'est pas spéciale aux maẓalim et elle s'explique par elle-même.

## §. 2. — Les applications pratiques

La pratique a été loin de se conformer rigoureusement à ces préceptes de la doctrine. On ne peut relever qu'une simple concordance de principe en ce que le tribunal des maẓalim a généralement

(1) Māwardi, 76.

fonctionné sous la forme d'une assemblée. Mais la composition de l'assemblée n'est pas toujours restée la même ; elle a varié à travers les époques, suivant les personnages appelés à présider le tribunal, suivant, aussi, d'autres circonstances accidentelles. En tout cas, on peut retenir qu'en principe une grande liberté est laissée au titulaire de la fonction dans le choix de ses collaborateurs, tout au moins, à certaines phases de l'institution.

Faire partie d'un conseil des mazālim était signe de grande faveur et de haut prestige. On faisait des démarches, on nouait des intrigues pour obtenir ce droit[1].

1 — Au cours de la période abbasside, jusqu'à l'avènement de la dynastie iḫšidide en Egypte, on ne peut dégager aucune formule générale relative à la composition du tribunal des mazālim. On ne saurait en avoir une idée, assez vague d'ailleurs, qu'en passant en revue divers exemples de constitution de ce tribunal.

Lorsque c'est le souverain lui-même qui tient conseil pour rendre la justice des mazālim, la présence de son ministre semble être un fait courant. De même, siègent au conseil quelques hauts dignitaires et autres grands notabilités, parfois des fils du souverain.

Quant au conseil présidé par le ministre, certains textes en donnent une description assez précise. Ibn Ḥağar raconte, au sujet du conseil que tint, au Caire, Faḍl ibn Marwān, le ministre de Ma'mūn, pour statuer sur des plaintes dirigées contre certains agents supérieurs de l'administration, que siégèrent à ce conseil, aux côtés du ministre, trois assesseurs, le ḳāḍi al-ḳuḍāt Yaḥya ibn Akṯam, Aḥmad ibn abi-Dāwūd, titulaire de la fonction des maẓālim de Bagdad, et Isḥaḳ ibn Ismā'īl, titulaire de cette fonction au Caire[2]. — Le tribunal de maẓālim qui se constitua pour juger le ministre Ibn Al-Furāt, tombé en disgrâce, était composé du ministre en exercice, ayant pour assesseurs un haut dignitaire de la cour, le fameux Mu'nis, le chambellan, deux autres dignitaires ainsi que quelques magistrats[3]. — Si l'on doit suivre M. Massignon, qui pense que c'est par un tribunal de maẓālim que fut condamné Ḥallāğ, au début du IVe s. h., on notera que l'assemblée devant laquelle comparut cet hérésiarque de l'Islam, était composée du ministre, assisté du ḳāḍi al-ḳuḍāt et de

(1) *Wulāt*, 554. (2) *Wulāt*, 502. (3) Ṣābi', 107.

plusieurs autres jurisconsultes[1]. — La célèbre Ṯaml tient ses audiences de maẓālim, assistée de « jurisconsultes, de ḳāḍi et de hauts personnages[2] ».

Par ailleurs, les diplômes de nomination des titulaires de maẓālim leur faisaient expressément obligation de se faire éclairer par l'avis des magistrats et des jurisconsultes, comme cela ressort, notamment, du diplôme délivré par le calife Muṭī'[3].

2 — A l'époque des Iḫšidides, la même coutume se maintient. Le ḳāḍi d'Egypte Ḫaṣībi et son prédécesseur, Ḥaddād, alors simple jurisconsulte, sont mentionnés comme siégeant avec Kāfūr, lorsqu'il tient ses audiences de maẓālim[4]. Mais, à partir de cette date, la composition du tribunal tend à devenir plus stable en même temps que plus large ; et une réglementation paraît s'être établie dans ce sens. Maḳrīzi indique, d'une façon générale, comme une pratique régulièment suivie, qu'aux conseils de maẓālim tenus par Kāfūr siégeaient « le ministre du prince, tous les ḳāḍi ( de la capitale, sans doute ) et de hauts personnages de la ville[5] ».

3 — A l'époque fatimite, nous avons déjà observé que les souverains ne semblent pas avoir exercé eux-mêmes la juridiction des maẓālim. Ce sont les ministres, les grands dignitaires ou des titulaires distincts ou des magistrats qui en assurent le fonctionnement. Jusqu'au califat de Mustanṣir, les textes sont assez rares. Mais il est certain qu'il y avait toujours une assemblée composée suivant les principes généraux appliqués aux époques antérieures. Ainsi, le général du premier calife fatimite, Ǧawhar, avait pour assesseurs, à ses audiences hebdomadaires de maẓālim, le ministre de l'Etat, le grand juge et un certain nombre de jurisconsultes[6]. Mais, lorsque, en 466/1073, Badr al-dīn Al-Ǧamāli prit la direction des affaires, une des réformes qu'il entreprit porta sur la composition du conseil des maẓālim, comme cela semble ressortir d'un texte de Maḳrīzi[7]. En tout cas, il est sûr qu'une réglementation bien fixe fut établie et suivie à partir de cette époque. Le nombre et la qualité des principaux personnages qui doivent faire partie du tribunal ou conseil ( *maǧlis al-māẓālim* ) sont fixés. Ces personnages sont choisis parmi les fonc-

(1) Massignon, *La passion de Al-Ḥallāǧ*, I, 195 ; Ibn Ḫallikān, I, 184. (2) Abū Al-Maḥāsin, III, 193. (3) Ḳalḳ., X, 246. (4) *Wulāt*, 553. (5) Maḳrīzi, III, 336. (6) Ibn Ḫallikān, I, 149. (7) Makrizi, III, 336.

tionnaires de l'Etat et le rôle de chacun d'eux est précisé. Cependant, la composition du conseil diffère suivant la qualité du personnage qui le préside.

Lorsque le ministre est un militaire — suivant la terminologie officielle, un homme d'épée ( *ṣāḥib sayf* ) — c'est lui qui, de droit, préside le conseil dont la composition se trouve alors élargie et rehaussée par la présence d'assesseurs de très haute qualité. D'après la description qu'en donnent les auteurs, le *maǧlis* se compose alors de la façon suivante : en face du ministre, siège le grand juge et à ses deux côtés deux témoins qualifiés ou *šuhūd* ; aux côtés du ministre siègent les fonctionnaires appelés *al-muwaḳḳi' bil-ḳalam al-daḳīḳ*, *le ṣāḥib dīwān al-māl*, *le ṣāḥib al-bāb* et le *isfāhalsār al-'asākir*; viennent ensuite les *nā'ib* et *ḥāǧib*[1].

Le *muwaḳḳi' bil-ḳalalam al-daḳīḳ* est, sous les Fatimites, une sorte de secrétaire particulier du souverain. Il exerce un rôle précis dans le conseil des maẓālim : la rédaction de la sentence suivant la décision du ministre-président[2]. Le *ṣāḥib dīwān al-māl* est une sorte de contrôleur supérieur des finances[3]. Le *ṣāḥib al-bāb*, est le titulaire propre de la fonction des maẓālim[4]. Le *isfāhalsār al-'asākir* est le chef de l'administration militaire[5]. Quant au terme de *nā'ib*, il est donné, dans la hiérarchie administrative, à plusieurs variétés de fonctionnaires. Il désigne les gouverneurs de province[6], comme il désigne le vicaire du *ṣāḥib al-bāb*[7] ou aussi les vicaires des magistrats en titre. On ne saurait préciser à quelle catégorie appartiennent les *nā'ib* qui font partie du tribunal des mazālim. Les ḥāǧib ne sont pas encore devenus les titulaires mêmes des maẓālim ; sans doute, ne sont-ils que des chambellans. *Ḥāǧib* et *nā'ib* ont pour mission, à tour de rôle, de faire l'appel des justiciables.

Lorsque le ministre n'est pas un homme d'épée, c'est le *ṣāḥib al-bāb* qui préside le conseil, dont la composition devient beaucoup plus restreinte. Il ne comprend alors que des *ḥāǧib* et des *nāḳīb*[8]. Ces derniers fonctionnaires sont de différentes sortes. Le terme en soi désigne une personne qui est mise à la tête d'une corporation ou

(1) Maḳrīzi, II, 245 ; III, 337 ; Ḳalḳ., III, 530.
(2) Maḳrīzi, II, 244 ; Ḳalḳ., III, 491.
(3) Maḳrīzi, II, 241 et ss.
(4) V. *supra*, 492.
(5) Ḳalḳ., III, 483.
(6) Ḳalḳ., III, 497.
(7) Ḳalḳ., III, 488.
(8) Maḳrīzi, II, 245.

d'un groupement. Sans doute, en l'espèce, il doit s'agir de chefs de certaines formations militaires[1].

Nous ne possédons pas une description de la composition du conseil lorsque les maẓālim sont confiées à un fonctionnaire spécialement institué à cet effet, autre que le ṣaḥib al-bāb. Mais nous pouvons tirer quelques renseignements d'un diplôme de nomination à cette fonction, délivré par le calife ʿAḍid[2]. Il résulte de ce document, d'une part, que le titulaire de la fonction doit obligatoirement se faire assister par le ḳāḍi du ressort ; d'autre part, qu'il lui est loisible de faire appel aussi à tous autres fonctionnaires administratifs.

4 — La lecture du traité de Ḳalḳašandi pourrait faire croire qu'après la fin de l'époque fatimite, il s'est établi une règle uniforme pour la composition du tribunal des maẓālim, à l'époque ayyubite et aux diverses phases de l'époque mamluk. En effet, c'est dans le chapitre consacré à la description de l'Etat musulman, à ces deux époques à la fois, que figure le texte relatif à la tenue des audiences des maẓālim par les souverains ayyubites et mamluks et dans lequel aucune distinction n'est marquée. Cependant, il ressort d'autres textes que, d'une part, une différence existe dans la composition du tribunal sous les Ayyubites et sous les Mamluks ; que, d'autre part, sous les Mamluks eux-mêmes, divers changements ont été successivement apportés, dans la composition de ce tribunal ; qu'enfin, cette composition diffère suivant la qualité de la personne qui préside le conseil.

Un texte de Maḳrīzi, relatif à l'exercice des maẓālim par Ibn Zanki, nous le montre tenant son audience avec l'assistance d'un magistrat judiciaire et de plusieurs jurisconsultes[3]. Sous Saladin, la composition reste la même, mais prend plus d'ampleur. Le *maǧlis* comprend plusieurs magistrats et hommes de loi[4].

Ce sont les Mamluks qui semblent avoir renoué la tradition établie par les Fatimites, quant à la réglementation fixe des audiences de maẓālim. La composition du tribunal a passé par quatre phases successives. La première comprend la période qui s'étend du début de l'ère mamluk, en 648/1250, jusqu'au règne de Ḳalāwūn ( 677/1278 - 689/1290 ). Les textes nous apprennent que différents sou-

(1) Sur la signification du terme à l'époque mamluk, v. Gaudefroy-Demombynes, *op. cit.*, XXXIV et autres passages indiqués sous le mot *naḳīb*, à l'index de cet ouvrage.
(2) Ḳalḳ., X, 224. (3) Maḳrīzi, III, 338. (4) Ibn Šaddād, 10.

verains de cette époque tinrent effectivement des audiences de maẓālim, comme Baybars et ses successeurs, Baraka et Ḳalāwūn. Mais ils ne donnent la description de la composition du tribunal que dans des cas où le tribunal est présidé par un personnage autre que le souverain. Ainsi, sous le règne du premier sultan mamluk, le conseil, sous la présidence du ministre, comprend les *nā'ib dār al-'adl*, qui sont des fonctionnaires spécialement affectés au service des maẓālim[1]. Par la suite, le conseil comprend, outre le personnage délégué par le souverain pour la présidence, les magistrats — sans doute, les différents grands juges des quatre madhab — le *muwaḳḳi' dār al-'adl*, sorte de secrétaire des maẓālim, ayant probablement pour attribution de rédiger les sentences que doit prononcer le président — et des émirs, c'est-à-dire de hauts dignitaires de l'Etat[2].

Des modifications ne sont signalées dans cette réglementation qu'à partir du règne de Ibn Ḳalāwūn. Il s'agit très probablement du second règne de ce souverain ( 709/1310-748/1341 ) ; en tout cas, la réforme n'est pas postérieure à l'année 715/1326 ; car, d'une part, au cours de son premier règne (693/1293 - 694/1294), Ibn Ḳalāwūn n'était encore qu'un enfant ; et, d'autre part, l'année 715/1326 est la date à laquelle, d'après Maḳrīzi, Ibn Ḳalāwūn, ayant déjà construit un nouveau palais, commença à y siéger suivant une nouvelle réglementation[3].

C'est précisément cette réglementation que décrit Ḳalḳašandi ainsi que plusieurs autres auteurs, sous réserve de quelques variantes. D'après Maḳrīzi, Ibn Ḳalāwūn siégeait, entouré des « hauts dignitaires de l'Etat ( émirs ), des magistrats, du *wazīr*, du *kātib al-sirr* du *nāẓir al-ǧayš*, du *nāẓir al-ḫāṣ*, du *kālib al-dast*. En face de ces personnages, se tenaient certains hauts dignitaires de l'armée, chacun suivant son grade[4].

(1) Maḳrīzi, III, 338. (2) Maḳrīzi, III, 335. (3) Maḳrīzi, III, 336. (4) Maḳrīzi, III, 336. Ibn Baṭūṭa ne mentionne comme assesseur du sultan Ibn Ḳalāwūn, à ses audiences de maẓālim, que les quatre ḳāḍi al-ḳuḍāt, ( Ibn Baṭūṭa, I, 24 ). Mais cette indication est certainement incomplète étant donné les textes concordants de tous les autres auteurs, étant donné aussi la teneur même du texte de Ibn Baṭūṭa. Cet auteur précise, en effet, que les kāḍi al-kuḍāt prenaient place à la gauche du souverain. Or, il est difficile d'admettre que le souverain, présidant le conseil, siége ainsi au bout d'un rang, sans avoir à sa droite autres assesseurs. (v. cep. *iufra*, 504).

Sur la nature des fonctions des divers dignitaires mentionnés au texte, v. *supra*, 492 et s. Le kātib al-dast est à cette époque un fonctionnaire chargé spécialement de rédiger les sentences des maẓalim ( Ḳalḳ., V, 464 ).

Le texte de Maḳrīzi combiné avec des textes de Ḳalḳašandi et de Suyūṭi nous donnent la description la plus sûre de la composition du tribunal des maẓālim, à l'époque de Ibn Ḳalāwūn et de ses descendants[1]. Le sultan tient son conseil au palais appelé *dār al-'adl*, dans la salle du trône. Il occupe un siège placé au-dessous du trône. A sa droite, se placent les grands juges des quatre madhab[2], après lesquels se tiennent l'agent des finances ( wakīl bayt al-māl ) et le muḥtasib. A sa gauche, siègent, l'un après l'autre, le kātib al-sirr, le kātib al-dast et le muwaḳḳi' al-dast. S'il existe dans l'Etat un ministre, « homme de plume » ( civil ) ou un nā'ib al-salṭana, il prend place immédiatement après le sultan, à sa gauche. Les sièges de chacun de ces assesseurs suivaient une courbe, de telle sorte que l'assemblée formait comme un demi-cercle[3]. Derrière le sultan, à droite et à gauche, se tiennent deux rangées de porteurs d'armes ( *silāḥ-dāryya* ) et autres serviteurs attachés à la personne du souverain. A la droite et à la gauche du conseil et à une distance de quinze coudées environ siègent les plus âgés et les plus considérables des officiers de grade supérieur ( émirs de centaines ) appelés les émirs du conseil ( *umara al-mašūra* ). Après eux et à un degré inférieur, se tiennent debout de grands émirs et les principaux fonctionnaires de l'Etat. Derrière la formation du conseil, se tiennent debout des fonctionnaires, ḥāǧib et dāwādār, qui ont pour rôle de recevoir et transmettre les requêtes et d'introduire les justiciables et toutes autres personnes qui se présentent à l'audience du sultan[4].

Une modification est apportée à cette composition « à la fin de l'ère nāṣiryya », suivant l'expression des textes. On doit entendre par là, pensons-nous, la date à laquelle la couronne passe des descen-

(1) Ḳalḳ., IV, 44 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 83 ; Maḳrīzi, III, 339. (2) L'ordre de préséance entre ces hauts magistrats s'établit d'après le madhab que chacun d'eux représente. Le grand juge šafi'ite occupe toujours la première place. Viennent après lui, l'un après l'autre, les grands juges ḥanafite, malékite et ḥanbalite (Makrīzi, III, 339 ; Ibn Baṭūṭa, *eod. loc.* ). Cette réglementation donnait lieu parfois à des intrigues, l'un des magistrats cherchant à prendre le pas sur l'autre. Ainsi, sous Ibn Ḳalāwūn, le magistrat malékite serait arrivé à occuper la place du ḥanafite ( Ibn Baṭūṭa, *eod. loc.* ).

(3) Des textes parlent de « cercle » ( حلقة ); — cette forme supposerait qu'une partie du conseil tournerait le dos aux plaideurs, ce qui est difficilement imaginable. Cf., cependant, *infra*, p. 504. (4) Le conseil ne se compose de la sorte que les jours d'audience de justice où le souverain statue sur les maẓālim proprement dites, où il rend la justice. Pour les audienses au cours desquelles il n'y a pas lieu à examen de plaintes et de litiges, le conseil ne comprend pas les magistrats ni les secrétaires ( Maḳrizi, III, 339 et ss. ).

dants de Al-Malik Al-Nāṣir ibn Ḳalāwūn à Al-Malik Al-'Adil Manṣūr, en l'an 753/1352. A partir de cette date et jusqu'au milieu du IXe s. h. tout au moins, les ḳaḍi al-ḳuḍat ne siègent plus d'un seul côté du sultan, mais deux, à sa droite — le šafi'ite et le malékite — et deux à sa gauche — le ḥanafite et le ḥanbalite. De nouveaux assesseurs sont adjoints au conseil : les trois juges de l'armée, ( *ḳādi-'askar* ) des trois maḏhab šafi'ite, ḥanafite et malékite, qui siègent après le grand juge malékite ; les quatre mufti des quatres maḏhab, affectés spécialement au service du *dār al-'adl*, qui siègent après les ḳāḍi-'askar. Puis, vient l'agent des finances ( wakīl bayt al-māl ) suivi du muḥtasib du Caire[1]. Du côté gauche, à la suite du grand juge ḥanbalite, prennent place le wazīr, s'il est « homme de plume », et le kātib al-sirr. Cette assemblée doit toujours former un demi-cercle[2].

Mais il résulte d'autres textes que, à partir du règne de Barḳūḳ ( 784/1382 - 801/1398 ), premier sultan de la série des Mamluks burğites, l'assemblée du conseil des maẓālim avait quelquefois une composition différente. Ainsi, la chronique rapporte qu'après le mois de ramaḍān 789/1387, le sultan Barḳūḳ siégea dans la salle dite *Isṭabl*, en son palais, ayant seulement pour assesseurs le kātib al sirr, les dāwādār et le naḳīb al-ğayš[3]. Or, il s'agissait bien d'une audience de maẓālim proprement dite, puisque le texte ajoute qu'aux audiences tenues de cette façon le sultan entendait les doléances des plaideurs qui n'avaient pas pu obtenir justice du magistrat ordinaire et qu'il y rendait les décisions appropriées[4].

De leur côté, les vice-rois des diverses provinces, à l'époque mamluk, tenaient, à certains jours de l'année, des audiences publiques où ils rendaient la justice des maẓalim. Voici comment un ancien auteur décrit l'audience du vice-roi d'Alep, suivant la traduction qu'en donne M. Sauvaget : « Les lundi et jeudi, le gouverneur d'Alep

(1) Dans certains cas, le muḥtasib prend le pas sur le wakīl bayt al-māl, s'il jouit d'un prestige personnel supérieur ( Ḳalḳ., IV, 45 ). (2) Ḳalḳ., IV, 45 ; une composition un peu différente et moins nombreuse est indiquée par Makrīzi ( III, 340 ). (3) Le dāwādār est le fonctionnaire qui, avec d'autres attributions connexes, tient l'encrier du sultan, aux audiences, et adresse à leurs destinataires les ordres et lettres du sultan ( Ḳalk., V, 462 : Makrīzi, III, 361 ). Le nakīb al-ğayš fait comparaître devant le sultan les dignitaires que celui-ci convoque ( Ḳalk., V, 456 ). (4) Zreik, 17. Ḳalkašandi traite des plaintes, qu'il appelle des maẓālim, adressées à divers hauts dignitaires de l'Etat, comme le nā'ib al-salṭana ( ministre ) le atābik al-'askar ( v. *supra*, 476 et s.). En réalité, il ne s'agit plus dans ces cas de jeu de l'institution proprement dite mais de recours hiérarchiques ordinaires.

« ( vice-roi ) se rend à la citadelle, Le ḳaḍi suprême ( ḳaḍi al-ḳuḍat ) « l'y a précédé. On prend place sur un seul rang, à la gauche du gou- « verneur ; sa droite demeure vide. Les deux ḳaḍi à l'armée et les « deux mufti du Palais de justice (dār al-ʿadl) viennent siéger à côté « du ḳaḍi suprême ; ils ont en face d'eux le secrétaire d'Etat ( kātib « al-sirr ) et l'inspecteur de l'armée ( nāẓir al-ǧayš ) ; à côté de ce « dernier, les rédacteurs. Le cercle se trouve ainsi fermé. Le grand « dawadar se tient debout, derrière le secrétaire d'Etat et l'inspec- « teur de l'armée, en dehors du cercle. Si le vizir est un homme de « robe, il s'assied avec eux ; mais ci c'est un turc, il prend place de- « vant les turcs. Le gouverneur salue les ḳaḍi, à sa gauche, puis, les « émirs, à sa droite, puis, le reste de l'assistance devant lui. Il prend « place ensuite sur une estrade haute d'une demie coudée, disposée « à cet effet. Le grand chambellan s'assied sur un degré inférieur de « cette tribune, de telle sorte que sa tête soit à la hauteur du trône « sur lequel siège le gouverneur ; les commandants prennent place « sur les banquettes de la porte du palais du gouvernement. Les re- « quêtes, reçues par le naḳīb al-ǧayš sont transmises par les petits « chambellans au grand chambellan qui les passe au secrétaire d'E- « tat ; celui-ci remet à l'inspecteur de l'armée celles qui concernent « l'armée et renvoie les autres aux rédacteurs. Après l'examen de « quelques requêtes d'un caractère juridique, le chambellan se lève « et donne congé aux ḳaḍi. Le gouverneur continue l'audience après « leur départ, pour l'expédition des affaires ou bien regagne ses ap- « partements. On nomme ce jour, jour du *mawkab*[1] ».

5 — Dans les divers royaumes ou principautés musulmanes qui se sont constitués à l'époque mamluk, la composition du conseil des maẓalim apparaît, dans les documents, d'ailleurs fragmentaires, que nous avons pu recueillir, comme différente suivant les pays. Ainsi, Ibn Baṭūṭa raconte, à propos des audiences de maẓalim que tenait à son époque, le dynaste d'un royaume aux Indes, que le conseil était composé d'un magistrat et d'un certain nombre de hauts fonctionnaires, appelés ḥāǧib, de diverses classes : un émir-ḥāǧib, un ḫāṣ-ḥāǧib le sayyed al-ḥuǧǧāb et le šaraf al-ḥuǧǧāb. A chacune des quatre portes de la salle d'audience, se tenait un de ces quatre hauts fonctionnaires et il avait pour mission de recevoir les requêtes des plaignants pour les présenter au roi. Si l'un d'eux refusait de recevoir une requête, le plaignant pouvait s'adresser à un autre ḥaǧib, jusqu'au

(1) Sauvaget, *les Perles choisies* de Ibn Abi-Chiḥna, 204 et ss.

quatrième de ces dignitaires ; en cas de refus de ces quatre personnages, le plaignant avait recours au magistrat appelé *ṣadr al-ǧahan* qui était le juge des *mamālīk* ou esclaves du roi. Enfin, un recours ultime est autorisé, le cas échéant, devant le roi, directement. Ce dernier faisait recueillir toutes les requêtes et procédait, le soir, à leur examen[1].

Ḳalḳašandi donne, suivant Zawawi, la description des audiences de maẓalim que tenaient les sultans de Tunisie. Ces conseils ont deux compositions différentes. A certains jours, le sultan siège avec, à ses côtés, trois des grands personnages du royaume, à titre de conseillers. Si le chef de l'armée ( *wazīr al-ǧund* ) est âgé, il participe au conseil, mais il se tient debout. Sur un degré moins élevé, prennent place dix autres personnages importants. En face du conseil et derrière le wazīr al-ǧund, se tiennent cinquante autres personnages et derrière ceux-là encore cinquante autres fonctionnaires appelés *waḳḳāfūn*, porteurs de sabres. Le wazīr al-ǧund reçoit les ordres et décisions du sultan et les transmet à son voisin et ainsi de suite, jusqu'à ce qu'ils arrivent aux divers plaignants qui en sont les destinataires.

Dans sa deuxième composition, le conseil des maẓalim comprend les hauts dignitaires de l'Etat, de hauts personnages, et des parents du sultan, ces derniers prenant place à sa droite, les autres, à sa gauche. En outre, siégent à l'assemblée le *wazīr al-ǧund*, le *wazīr al-māl* ( agent des finances ), le *ṣāḥib al-šurṭa*, le *muḥtasib*[2] et le *ṣāḥib kutub al-maẓālim* ( secrétaire du conseil ). Les requêtes sont transmises, tout d'abord, par le secrétaire, à chacun des chefs de service qu'elles concernent, pour que, ensuite, la décision appropriée soit prise par le sultan[3].

Au Maroc, les plaignants peuvent s'adresser au sultan alors qu'il se rend, en cortège, à son audience de maẓalim, en l'interpellant par une formule consacrée, ainsi conçue : « Il n'y a de Dieu que Dieu ! Secourez-moi, que Dieu vous secoure ! ». Alors le secrétaire d'Etat prend la requête du plaignant et le cortège poursuit son chemin. A son arrivée, le conseil se tient dans un local spécialement affecté à cet usage. Le sultan est entouré des hauts dignitaires et personnages de l'Etat, portant leurs armes. Des personnages de

(1) Ibn Baṭūṭa, II, 63.

(2) Pour ces deux fonctionnaires, v. *infra*, les chapitres qui leur sont consacrés.

(3) Ḳalk., V, 144.

moindre qualité se tiennent debout à quelque distance, appuyés sur leurs sabres. Le secrétaire d'Etat lit alors les diverses requêtes et le sultan rend les décisions qu'elles comportent[1].

## §. 3. — Jours et lieux d'audience. — Publicité

1 — La doctrine ne consacre que des développements très généraux et fragmentaires au sujet de la fixation des jours d'audience dans la procédure des maẓālim. D'après Māwardi, s'il s'agit d'un agent spécial des maẓālim, il doit, en principe, assurer son service d'une façon régulière, à des jours d'audience fixes, à l'instar des magistrats[2].

En fait, il semble que, jusque après le milieu du IIIe s. h., il n'y eût pas de pratique bien établie sur ce point. Le calife Mahdi, disent les textes, « tenait en tout temps audience de maẓālim », sans autre précision ; mais cela veut dire certainement et seulement que ce souverain exerçait avec constance cette forme de justice. Nous avons vu que Abū-Yūsof laissait à son maître, Hārūn Al-Rašīd, toute liberté dans la fixation de ses audiences de maẓālim, en lui recommandant seulement de tenir audience une fois tous les mois ou tous les deux mois, ou même, à la rigueur, une fois l'an. En tout cas, il semble que c'est dans la matinée que ce calife tenait ses audiences. La tradition nous montre le calife Ma'mūn tenant audience les jours de dimanche, et la prolongeant jusqu'à l'heure de la prière du *'aṣr*, c'est-à-dire, un peu avant le coucher du soleil. Pour certains cas particulièrement intéressants il consentait aussi à siéger le samedi[3].

Cependant, dans la deuxième moitié du IIIe s. h., des pratiques commencent à se fixer. D'après Ibn Al-Aṯīr, le gouverneur de la province de Ifrīḳya à cette époque, Ibrāhīm ibn Aḥmad, tenait audience chaque semaine, les lundi et jeudi, dans la mosquée de Ḳayrawān[4]. En Egypte, au cours du IIIe s. h., Ibn Ṭūlūn tient audience deux jours par semaine[5]. Quant au ministre Ibn Al-Furāt, il avait institué l'usage, dit Ṣābi', de siéger pour les maẓālim tous les dimanches[6]. Il commençait son audience le matin, de bonne heure[7]. — Ṯaml reçoit

(1) Ḳalk., V, 206. (2) Māwardi, 75 et ss. (3) Māwardi, 81 ; Ibn 'Abd-rabbihi, I, 10. (4) Ibn Al-Aṯīr, *Espagne*, 247. (5) Makrīzi, III, 337. (6) Ṣābi', 107. (7) Ṣābi, 52, 107.

ordre de la mère du calife Muḳtadir de tenir audience de maẓālim chaque vendredi[1]. — Dans la deuxième moitié du Ve s. h., le ministre du calife Muḳtadir, Abū Šuǧā' Al-Hamaḏāni, tient audience les après-midi jusqu'au *'aṣr*[2]. — Sous les Iḫšidides, en Egypte, Kāfūr consacre le samedi à ses audiences[3]. — Sous les Fatimites, l'usage, qui semble avoir été inauguré par Ibn Ṭūlūn, est repris : le ministre tient ses audiences de maẓālim deux jours par semaine[4]. Nūr al-dīn ibn Zanki se conforme à cet usage[5]. A partir de l'époque ayyubite et au cours de l'époque mamluk, ce sont les après-midi des lundi et jeudi de chaque semaine qui sont réservées à ces audiences. C'est la pratique suivie, notamment, par Saladin, Baybars, Ibn Ḳalāwūn et ses successeurs[6]. C'est encore les lundi et jeudi que le sultan d'un royaume aux Indes tient son conseil des maẓālim. Barḳūḳ modifie cet usage : il tient audience les dimanche et mercredi, qu'il remplace ensuite par les mardi et samedi, auxquels il ajouta les vendredi, après le *'aṣr*[7]. Ces audiences ont lieu, en principe, toute l'année, sauf pendant le mois de jeûne du ramaḍān, — Dans la deuxième moitié du IXe s. h., en l'an 871/1466 précisément, les samedi et mardi restent consacrés aux audiences, lesquelles, toutefois, ne se tiennent plus toute l'année, mais seulement au cours de deux mois, pendant la saison d'hiver plutôt[8]. — Les gouverneurs de province siègent, eux aussi, les lundi et jeudi[9].

A ces audiences ordinaires il faut ajouter celles que tient le sultan à l'occasion de certaines solennités dites du *mawkab*.

Naturellement, lorsque les maẓālim sont confiées à des ḳāḍi, ils en connaissent à leurs audiences ordinaires de justice.

2 — Les audiences de maẓālim ont un caractère public. C'est une règle sur laquelle insiste la doctrine et reviennent les diplômes d'investiture, de même qu'il y est fait allusion dans la plupart des autres textes relatifs à l'exercice de cette haute juridiction. Elle est intimement liée aux origines historiques de l'institution et à sa nature ; et, à ce point de vue, elle a une portée beaucoup plus large que la publicité des audiences de justice ordinaire. Le but essentiel de l'insti-

(1) V. *supra*, 498. (2) Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlwardt, 344. (3) *Wulāt*, 570, 577, 584 ; Makrīzi, III, 337. (4) Ḳalḳ., III, 530. (5) Makrīzi, III, 338. (6) Makrīzi, III, 338 ; Ḳalk., IV, 44 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 83. (7) Zreik, 17 ; Makrīzi, II, 338. (8) Abū Al-Maḥāsin, éd. Popper, VII, 745 ; Makrīzi, III, 338. (9) Sauvaget, *op. cit.*, 204.

tution des maẓālim est de fournir aux sujets toutes facilités pour porter leurs recours devant le souverain ou ses délégués. D'autre part, nous verrons que, chez les Perses, à qui l'Islam a emprunté, en grande partie, l'institution, le conseil des maẓālim était tenu par le roi dans des solennités publiques où il se montrait devant tout son peuple, lequel avait immédiatement accès à son audience. C'est pourquoi, il faut entendre par la notion de publicité, en cette matière, non seulement le fait que l'audience est publique dans le sens qu'on attache ordinairement à cette expression, c'est-à-dire que toute personne est autorisée librement à assister aux débats, mais aussi qu'à cette audience même, toute personne est en principe autorisée à saisir immédiatement de sa plainte le président de la juridiction ; qu'elle a libre accès auprès de lui.

La publicité ainsi entendue est illustrée d'une façon significative par les exemples où l'on voit des plaignants aborder un souverain passant dans une rue, sans autre forme de procédure[1]. Sans doute, il est possible que ces exemples ne soient pas tous authentiques. Mais il n'en reste pas moins qu'ils manifestent bien la conception qu'on se faisait des grandes facilités qui étaient accordées aux justiciables, de saisir le titulaire des maẓālim de leurs plaintes. Māwardi indique, comme une règle de la procédure, que les huissiers du tribunal doivent être d'un abord facile et ne mettre aucune entrave à l'accès des justiciables auprès du juge des maẓālim[2]. Les diplômes de nomination insistent particulièrement sur la règle de publicité. Il y est prescrit au nouveau titulaire de « tenir des audiences publiques, où tout voile est levé, où toute facilité est faite pour avoir accès auprès de lui, de rapprocher de lui tous les plaignants[3] ». Il doit se mettre à leur disposition entière[4]. L'expression spéciale employée dans ces diplômes est, dans son texte arabe original, très caractéristique جلس لها ( المظالم ) جلوساً عاماً — امره ان يجلس للخصوم جلوساً عاماً .

Par ailleurs, certaines audiences que tiennent les souverains font partie de la solennité dite du *mawkab*, qui consiste précisément dans la cérémonie où ils se montrent à leur peuple, entourés de toute la pompe de la dignité royale.

Mas'ūdi raconte, à propos du pavillon spécial que le calife Muhtadi s'était fait construire pour y tenir son conseil de maẓālim, qu'il y

(1) Abū Al-Maḥāsin, II, 227 ; Ṭayfūr, 101 ; *adde, supra*, 505. (2) Māwardi, 76. (3) Ḳalk., X, 334, 52. (4) Ḳalk., X, 25, 247.

siégeait pour recevoir en dehors de toute contrainte, les plaignants, qu'ils fussent gens de marque ou simples particuliers ; et le même auteur ajoute que la salle du conseil de ce calife se trouvait toujours pleine de monde appartenant à toutes les classes de la population [1].

C'est encore pour bien marquer ce caractère public que, dans le langage courant, le local affecté à la justice des maẓālim est désigné, souvent, du nom de *dār al-ʿāmma* (دار العامة) « la maison du public[2] ». Le conseil que tenait Saladin est un (مجلس عام) « conseil public » où « la porte était ouverte aux justiciables, afin que puisse « arriver jusqu'à lui tout individu, grand ou petit... Toujours, il était « prêt à entendre toutes les requêtes qu'on lui adressait, il ne ren« voyait aucune personne venue pour lui exposer une plainte, un « procès[3] ».

Suivant certains usages, lorsque s'ouvre l'audience des maẓālim, les agents qui font fonction d'huissiers doivent annoncer cette ouverture à haute voix, en faisant l'appel général de toutes les personnes qui peuvent avoir des plaintes à présenter. On procédait de la sorte sous les Fatimites, lorsque le *ṣāḥib al-bāb* tenait son audience[4]. On rapporte aussi que le ministre Hamadāni faisait faire un appel général[5]. Parfois, même, quelques jours avant la date de l'audience, le souverain en faisait publier la nouvelle à travers les rues de la ville et dans ses environs[6].

Cependant, le principe de la publicité n'était pas absolu : l'administration de la justice des maẓālim ne donnait pas toujours et nécessairement lieu à des débats publics. La publicité pouvait simplement consister dans la possibilité toujours ménagée, aux plaignants, de faire parvenir leurs requêtes à l'autorité compétente, par des mesures spéciales appropriées. Ce moyen peut aussi s'ajouter à la publicité de l'audience proprement dite. Ainsi, sous les Abbassides, à Bagdad, il existait un bureau spécial où les requêtes des maẓālim pouvaient être librement déposées[7]. En Andalousie, sous les Umayyades, l'émir ʿAbdallah ibn Muḥammad avait fait ouvrir dans

(1) Masʿūdi, éd. Meynard, VIII, 2. (2) Ṭabari, VII, 331 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 75. (3) Ibn Šaddād, 10. (4) Makrīzi, II, 245. (5) Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlwardt, 344. (6) Ṭabari, VIII, 155. (7) Ibn ʿAsākir, VII, 282.

l'enceinte extérieure de son palais une porte à laquelle pouvait se présenter toute personne pour y remettre sa plainte ; en raison de quoi cette porte reçut le nom de « باب العدل porte de la justice[1] ».

3 — *Les lieux d'audience* — Il n'existe pas de règles fixes quant à la détermination du lieu où doivent se tenir les audiences de maẓālim. En tout cas, et contrairement aux règles relatives à la magistrature ordinaire, la mosquée, quoique ayant servi parfois à la tenue d'audience de maẓālim, n'a jamais été considérée comme le lieu d'audience habituel. Par là se manifeste une fois de plus ce que l'on pourrait appeler le caractère laïc de l'institution des maẓālim opposé au caractère religieux de la magistrature kadiale.

En principe, le juge des maẓālim peut tenir son conseil où il lui plaît ; en fait, tant qu'un local ne sera pas affecté spécialement à cet objet, il tiendra conseil dans le lieu où il exerce ses fonctions. Pour le souverain, ce sera son palais, pour les ministres, gouverneurs, titulaires distincts des maẓālim, leur résidence officielle ou privée.

Les mosquées ont exceptionnellement servi de prétoire: C'est à la mosquée de la ville de Ḳayrawān que le gouverneur de la province de Ifrīḳya tenait, les lundis et jeudis, ses audiences de justice. Lorsque, dans la deuxième moitié du III^e s. h., Marwān ibn Al-Faḍl, ministre de Ma'mūn, se trouvant en Egypte avec son souverain, se propose de juger des plaintes élevées contre certains agents du gouvernement de cette province, c'est à la mosquée qu'il tient son audience[2]. Naturellement, lorsque les ḳāḍi cumulent avec leur charge celle des maẓālim, c'est la mosquée qui leur sert également de prétoire. C'est dans la *turba* ou mosquée funéraire qu'elle fit bâtir à Ruṣāfa, un des quartiers de Bagdad, que la mère de Muḳtadir ordonna à Ṯaml de tenir ses audiences hebdomadaires de mazālim[3].

Sous les Fatimites, le titulaire des maẓālim tenait son audience au palais royal, celui-là même qu'avait construit, après la conquête de l'Egypte, Ǧawhar, le général du premier souverain de cette dynastie. Le lieu précis du tribunal se trouvait à l'une des portes de ce palais, appelée la porte dorée ( باب الذهب )[4].

(1) Ibn Ḥayyūn, III, 37. (2) *Wulāt*, 502. (3) Abu Al-Maḥāsin, III, 193. (4) Makrīzi, II, 245; pour la description de ce palais, v. Abū Al-Maḥāsin, IV, 34 et ss. ( Ḳalḳ., III, 349 et ss. ).

Quant à la consécration d'un local spécialement affecté aux maẓālim, les anciens auteurs en attribuent l'origine à Nūr al-dīn ibn Zanki. « Le premier parmi les rois, dit Maḳrīzi, qui construisit une *dār al-'adl* ( palais de justice ) fut Nūr al-dīn Maḥmūd ibn Zanki, à Damas, tant il avait reçu de plaintes contre les lieutenants de Širkawayh ibn Šādi[1] ». Cette affirmation comporte, cependant, d'importantes réserves. Dès la première époque abbasside, on trouve, déjà, mention d'un local affecté à l'exercice des maẓālim par les souverains. Sous le califat de Hādi, il existait à Bagdad une *dār al-maẓālim*[2]. D'autres textes citent ce local sous le nom de *dār al-'āmma*[3]. Mas'ūdi, de son côté, rapporte, que le calife Muhtadi ( 255/869 - 256/870 ) « fit édifier une salle ayant quatre portes et surmontée d'un dôme » qu'il affecta à ses audiences de justice « et qu'il fit appeler, pour cette raison *ḳubbat al-maẓālim*[4] ».

Tout ce que l'on peut dire en faveur de l'opinion traditionnelle, c'est que la coutume de l'affectation d'un local spécial aux maẓālim ne commença à se généraliser qu'à partir de l'époque de Ibn Zanki. Mais, même après cette date, l'exemple ne fut pas suivi partout. Ainsi, sous le règne du premier sultan mamluk Aybak, les audiences des maẓālim, au Caire étaient tenus dans des écoles[5].

Il faut arriver à la période du sultan Baybars pour voir la coutume définitivement instaurée. Le palais servira, sans doute, aussi, à quelques autres usages, pour certaines solennités publiques, comme les cérémonies d'intronisation des souverains. Mais ces usages sont accessoires, ainsi que cela ressort du nom même donné à l'édifice qui est un « palais de justice » ( *dār 'adl* ). En tout cas, toutes ces solennités, y compris l'audience des maẓālim, se rattachent à un même élément, la manifestation de la toute-puissance du souverain. — En l'an 661/1263, dit la chronique, le sultan Baybars Al-Bunduḳdāri fit construire, sur un terrain situé au-dessous du palais royal dit *La citadelle* ( *al-ḳal'a* ), un édifice qui fut appelé *dār al-'adl* et il commença à y siéger à partir du début de l'année suivante, en 662/1264. Sous le règne de Ḳalāwūn ( 677/1278 - 689/1290 ), l'édifice est désaffecté, — d'où son nom, depuis lors : *dār al-'adl al-ḳadīma* ( l'ancienne dār al-'adl[6] ). Il devait être démoli en 722/1322. A cette date, Muḥammad ibn Ḳalāwūn construite, dans l'enceinte du palais

(1) Maḳrīzi, III, 338. (2) Ṭabari, VI, 430. (3) Ṭabari, VII, 331 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 75. (4) Mas'ūdi, éd. Meynard, VIII, 2. (5) Maḳrīzi, III, 338. (6) Makrīzi, III, 333.

de la *ḳal'a*, l'édifice dit le *grand īwān* ( الايوان الكبير ), qui fut connu aussi sous le nom de *dār al-'adl*. Il servit pour les audiences de justice du sultan jusqu'à l'avènement du premier sultan de la série tšerkes, Barḳūḳ ( 684/1382 - 801/1398 )[1].

L'appellation de *dār al-'adl* devint tellement courante pour désigner le prétoire de la justice des maẓālim que dorénavant la fonction même des maẓālim porta le nom de *niyābat dār al-'adl*[2].

Les audiences de maẓālim présidées par le ministre ( *nā'ib* ) étaient tenues dans la partie du palais royal qui servait de résidence à celui-ci, et appelée, pour cette raison *dār al-niyābat*[3].

A partir du règne de Barḳūḳ, le siège des maẓālim est transféré à l'édifice dit *āl-isṭabl al-sulṭāni* ( الاسطبل السلطاني ) attenant au palais[4]. Cet usage se maintient jusqu'à la fin du IXe s. h,, sauf que, pendant quelques années, au cours de ce siècle, les sultans tinrent audience dans la salle dite *al-dikka*, à l'intérieur de leur palais[5].

---

## Section VI. — Les origines

### §. Ier — L'opinion traditionnelle

A la différence de l'opinion qu'ils soutiennent relativement à la justice kadiale, les anciens auteurs ne rattachent pas l'institution des maẓālim à des origines purement islamiques, en la considérant comme fondée exclusivement sur des textes du Coran et des préceptes de la Sunna du Prophète, sans lien avec d'autres antécédents historiques. Ne trouvant dans les sources premières telles que le Coran, pour soutenir une telle opinion en matière de maẓālim, aucun point

(1) Ḳalk., III, 373 ; Maḳrīzi, III, 335.
(2) Cf. Nuwayri, VI, 265.
(3) Ḳalk., III, 374 ; Makrīzi, III, 348.
(4) Makrīzi, III, 336 ; Abū Al-Maḥāsin, éd. Proper, VII, 745.
(5) Abū Al-Maḥāsin, éd. Popper, VII, 745.

d'appui, les anciens auteurs, dans le désir de s'écarter le moins possible de leur tendance naturelle, enseignent que cette institution remonte à des origines arabes préislamites, qui auraient reçu une confirmation tacite de la part du Prophète, avant comme après la manifestation de sa révélation. Tout au plus, consentent-ils à citer, comme institution analogue, un système de maẓālim suivi chez les anciens Perses. Par ailleurs, bien plus que l'institution elle-même, ses origines n'ont fait l'objet, chez les orientalistes modernes, d'aucun examen, de telle sorte que nous ne retrouvons pas chez eux des théories correspondantes à celles que nous avons rapportées au sujet des origines de la magistrature kadiale.

Nous exposerons l'opinion traditionnelle telle qu'on la voit formulée chez des anciens auteurs parmi les plus considérables, comme Māwardi. Nuwayri et Maḳrīzi, sous réserve de quelques variantes sur des points de détail[1].

L'institution des maẓālim se rattacherait à une coutume arabe inaugurée dans les premières années du VII^e siècle de l'ère chrétienne. On raconte qu'à cette époque, dans la tribu de Ḳurayš, le nombre des chefs de clans et de partis se multiplièrent ; la prétention à la domination se propagea et l'on vit les gens entrer en des conflits perpétuels qu'aucune autorité suffisamment forte ne parvenait à régler. Plus particulièrement, deux cas d'injustice caractérisée s'étaient produits à la Mecque, qui avaient soulevé l'indignation générale. Il s'agissait d'acheteurs de marchandises qui, de mauvaise foi, avaient refusé d'en payer le prix aux vendeurs. Deux chefs de Ḳurayš, Abū-Sufyān et Ibn ʿAbd Al-Muṭṭalib, durent intervenir pour faire restituer aux vendeurs leurs biens. Mais, alors, profitant de l'occasion, les représentants qualifiés des divers clans de Ḳurayš s'assemblèrent et contractèrent une alliance ( *ḥilf* ) par laquelle ils s'engagèrent à faire restituer tous biens usurpés, à réparer toutes injustices qui viendraient à être commises dans la ville de la Mecque. Cette alliance fut appelée *ḥilf al-fuḍūl*. A cette assemblée avait pris part Muḥammad lui-même ; il avait alors vingt cinq ans et n'avait pas encore manifesté sa mission. Mais par la suite, il donna son approbation à cette alliance et la confirma en déclarant que l'Islam ne pouvait que renforcer un tel accord. C'est pourquoi, quoique ce procédé de réparation des injustices fût un acte antérieur à la nouvelle religion

(1) Māwardi, 73 et ss. ; Nuwayri, VI, 266 et ss. ; Maḳrīzi, III, 336 et ss.

(فعل جاهلي), commandé par le seul souci d'un bon gouvernement, il devint, du fait de la participation de Muhammad à sa conclusion et de sa confirmation ultérieure par lui, comme un précepte imposé par la loi de l'Islam et un acte du Prophète lui-même. Au surplus, celui-ci aurait, par la suite, statué lui-même dans un cas spécial de maẓālim où il s'agissait d'un litige entre deux musulmans.

Après le Prophète, les quatres premiers califes n'ont pas exercé les maẓālim parce qu'étant donné la propagation des préceptes de la nouvelle religion et leur observation fidèle par leurs adeptes, les cas d'injustice requérant l'exercice de cette forme de justice ne se présentèrent plus et qu'ainsi la justice ordinaire des ḳāḍi suffisait pour le règlement des litiges. Cependant, en ce qui concerne 'Ali ibn abi-Ṭālib, Māwardi note que, quoiqu'il n'ait pas exercé les maẓālim proprement dites, il dut se montrer rigoureux dans l'exercice de son gouvernement ; qu'il établit un tarif pour les compositions relatives à certaines lésions corporelles, qu'il jugea un différend entre deux femmes qui se disputaient un enfant. Beaucoup plus tard, Maḳrīzi soutiendra que « le premier qui exerça les maẓālim, parmi les califes, fut 'Ali ibn abi-Ṭālib ; le premier qui consacra un jour spécial pour les audiences de maẓālim fut le calife umayyade 'Abd Al-Malik ibn Marwan, qui, sans procéder lui-même au jugement des plaintes, en chargeait son ḳāḍi Abū-Idrīs Al-Azdi. Par la suite, les actes d'injustice et les exactions des agents de l'Etat se multipliant, le calife 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz s'adonna lui-même à l'exercice de la justice des maẓalim et il prépara ainsi toutes les injustices commises par les membres de la famille des Umayyades. Puis, ce furent les califes abbassides qui renouèrent la tradition ; et le premier parmi eux qui siégea pour les maẓālim fut Mahdi, puis Hādi, puis Rašīd, puis Ma'-mūn ; le dernier des Abbassides qui exerça cette fonction fut Muhtadi, de telle sorte que « les biens usurpés furent restitués à leurs ayants-droit ».

D'après Ibn Ḫaldūn, l'institution des maẓālim existait déjà à l'époque du calife 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb ; celui-ci en aurait délégué l'exercice à son ḳāḍi Ḫawlani[1]. D'après une anecdote rapportée par Ibn 'Abd-rabbihi, le calife 'Uṯmān aurait-lui-même statué sur un cas de maẓālim[2]. La chronique de Abū Al-Maḥāsin rapporte un cas de

(1) Ibn Ḫaldūn, 222. (2) Ibn 'Abd-rabbihi, II, 229.

maẓālim jugé par le calife umayyade Hišām ibn 'Abd Al-Malik[1]. Un texte du recueil des *Aġāni* cite le nom d'un personnage, Ša'bi, qui était agent des maẓālim de la province de Baṣra au début du Ier s. h.[2].

Les tenants de l'opinion traditionnelle ajoutent, par ailleurs, et en une formule devenue comme un cliché, que les rois de Perse « voyaient en cela ( l'exercice de la justice des maẓālim ) une des règles essentielles du gouvernement de l'Etat et un des principes de justice générale ».

## §. 2. — Critique de l'opinion traditionnelle et solution proposée

1 — Le seul exposé de l'opinion traditionnelle laisse apparaître, aux yeux de la critique scientifique la plus élémentaire, son caractère factice et tendancieux. Ce caractère ressort, en premier lieu, du simple rapprochement entre la notion véritable des maẓālim et l'institution qu'on lui assigne pour origine première, le *ḥilf al-fuḍūl*. Chez les Arabes préislamites, le *ḥilf* était une institution justiciable de l'état social de ce peuple, de sa division en clans et en tribus et de l'inexistence d'une autorité centrale. Il consistait essentiellement en un pacte par lequel un individu ou un groupement d'individus, impuissants à assurer leur propre protection, s'affiliaient à une tribu plus puissante. Dans une acception secondaire, le *ḥilf* désigne une alliance entre deux ou plusieurs clans ou tribus, en vue d'un but déterminé. Tel aurait été le cas du *ḥilf al-fuḍūl*, qui consista dans une alliance entre quelques clans ḳuraysistes, qui s'unirent pour intervenir en faveur de ceux qui étaient victimes d'une injustice[3]. Le ḥilf al-fuḍūl indiquerait donc simplement la formation d'un embryon d'organisation sociale, destinée à prévenir les violations de droits, et, le cas échéant, à en assurer la réparation ; tout au plus, par conséquent, un essai tout primitif d'organisation d'un pouvoir de magistrature judiciaire ordinaire. On n'y distingue aucun des éléments carac-

(1) Abū Al-Maḥāsin, I, 260. (2) *Aġāni*, nouv. éd., II, 349.
(3) Cf. *E. I.*, V° *Ḥilf* et la bibliographie qui est indiquée ; *adde*, notamment, Goldziher, *Muhamm. Studien*, I, 63-69 ; Lammens, *La Mecque à la veille de l'Hégire*, 50, 145, 149.

téristique de la magistrature proprement dite des maẓālim, institution qui existe concurremment avec la magistrature ordinaire et à laquelle on a recours à cause de la déficience de celle-ci, dans certains cas déterminés. Elle suppose donc essentiellement un Etat régulièrement établi, un pouvoir social évolué, une organisation générale de services publics arrivée à un degré avancé de développement. Elle suppose, notamment, l'existence et le fonctionnement d'un pouvoir judiciaire normal, puisque, par définition, elle est instituée pour pourvoir aux insuffisances de ce pouvoir et exercer sur lui un contrôle supérieur.

Comment pourrait-on admettre l'existence d'une telle institution en Arabie préislamite où cette organisation faisait entièrement défaut ; où, plus particulièrement, le pouvoir judiciaire ordinaire était inexistant[1] ? Où trouve-t-on dans le ḥilf al-fuḍūl les traces d'une autorité supérieure exerçant son contrôle sur une autorité judiciaire, les traces d'un organisme distinct ayant pour attribution de juger une catégorie déterminée de procès ? On ne peut soutenir sérieusement qu'une simple entente entre clans d'une même tribu — celle de Ḳurayš — impliquait tous ces éléments essentiels des maẓālim ou même seulement le germe de ces éléments ? La notion même de *ḥilf*, avec ce qu'elle laisse apparaître quant à l'organisation sociale et étatique de l'Arabie, se trouve en opposition formelle avec la notion des maẓālim.

Au surplus, les cas mêmes de violation de droit qui auraient provoqué la conclusion du ḥilf al-fuḍūl n'apparaissent que comme des actes d'injustice ordinaires, sans aucune des caractéristiques distinctives des violations justiciables de cette forme particulière de juridiction que sont les maẓālim[2].

Quant à l'exercice prétendu des maẓālim par Muḥammad, il semble, pour le moins, étrange que la tradition, pourtant si méticuleuse par ailleurs, ne relève à cet égard qu'un cas unique. Mais ce cas lui-même, tel qu'il est rapporté par la tradition, n'implique aucun des éléments caractéristiques de la procédure des maẓalim, soit par la nature même du litige, soit par la qualité des adversaires en présence. C'est un simple conflit sur un droit d'irrigation, qui aurait pu

(1) Cf. *supra*, 27 et s. (2) Sur la réalité historique même du ḥilf al-fuḍūl, les doutes les plus sérieux ont été soulevés par une autorité reconnue dans la science orientaliste ( Lammens, *op. cit.*, 55 ).

donner lieu tout autant à un procès judiciaire ordinaire ; et si l'un des plaideurs est Zubayr ibn Al-'Awwām, parent de Muḥammad, l'autre est l'un des *anṣār*, qui étaient parmi les personnages les plus en vue de la nouvelle communauté musulmane.

Non moins étrange est l'affirmation suivant laquelle au cours du règne des quatre premiers califes de l'Islam les maẓālim n'eurent pas lieu de s'exercer, le jeu de la magistrature ordinaire suffisant à régler les litiges entre particuliers, parce qu'à cette époque les mœurs publiques étaient douces et ne provoquaient pas des litiges graves nécessitant l'application de la justice extraordinaire des maẓālim. Rien, en effet, dans l'histoire, ne démontre ce postulat de la douceur particulière des mœurs, de l'absence d'usurpations de biens, de violations de droit telles que celles qui alimenteront par la suite la justice des maẓālim. En fait, à cette époque, l'Etat arabo-musulman était encore trop embryonnaire, trop tendu vers un but unique — celui de la conquête et de son organisation sommaire — pour que pût se dégager de son sein une organisation judiciaire aussi perfectionnée que celle des maẓālim.

Quant à l'exercice des maẓālim par 'Ali ou 'Abd al-Malik ibn Marwān ou Hišām, il est encore singulier que la tradition n'ait trouvé à citer que quelques cas très rares. Au surplus, on ne relève pas, dans l'exposé de ces cas, les caractéristiques essentielles de la procédure des maẓālim : une assemblée qui assiste le souverain, une autorité devant laquelle on exerce un recours parce qu'on ne peut pas obtenir justice de l'autorité ordinaire. L'exemple de 'Umar ibn 'Abd Al-'Azīz appelle les mêmes observations. Il est aussi suspect à un autre point de vue. On sait que ce souverain est le seul qui, parmi les Umayyades, ait trouvé grâce auprès de la tradition religieuse musulmane, qui s'est complue à le représenter comme réparant les injustices dont on chargeait la mémoire de ses prédécesseurs et des membres de sa famille ; et ce caractère tendancieux de la tradition suffit pour nous mettre en garde. Là encore, aucune précision n'est donnée ; et aucun cas pertinent n'est cité.

Le caractère tendancieux de la tradition ressort, d'autre part, des contradictions dans lesquelles elle tombe. Si, d'après Māwardi, le calife 'Ali et les autres trois premiers califes n'ont pas exercé les maẓalim, Maḳrīzi et Ibn Ḫaldūn, quelques siècles plus tard, affirmeront le contraire. Si, d'autre part, les auteurs qui ont traité des origines des maẓalim n'ont trouvé à mentionner que l'exemple des

deux ou trois souverains que nous avons cités, sans pouvoir même indiquer des cas concrets pertinents, dans d'autres traditions isolées que l'on trouve chez des auteurs postérieurs, on rapporte que le calife Hišām, fils et successeur de ʿAbd Al-Malik, aurait jugé un cas précis de maẓālim[1] ou même qu'il aurait désigné un personnage du nom de Šaʿbi comme titulaire des maẓalim[2] lesquelles apparaîtraient, déjà, à cette époque, comme érigées en fonction distincte, alors qu'en réalité, ce phénomène ne se produisit que bien plus tard, à l'époque abbasside.

Sans doute, il est possible, il est même plus que vraisemblable, que les souverains de l'époque umayyade ou de l'époque antérieure, aient été saisis de plaintes de quelques-uns de leurs sujets. Mais confondre de tels recours avec le recours des maẓalim ne serait que le résultat d'une pure équivoque. En effet, tout souverain des temps anciens, à quelque milieu ou époque qu'il appartînt, était appelé, par la nature même de sa fonction, à recevoir des plaintes de ses sujets; mais on est loin de trouver dans l'exercice de ce pouvoir les caractéristiques particulières de la procédure *sui generis* des maẓalim[3], L'erreur historique consacrée par les auteurs traditionalistes provient, à notre avis, d'une équivoque dans la terminologie. Le terme de maẓālim, comme on l'a déjà dit, peut désigner, dans une acception très générale, tout acte d'injustice, de violation du droit. Dans cette acception, on peut bien dire que les faits justiciables même de la magistrature ordinaire constituent des mazālim, que le juge ordinaire statue sur des maẓālim. Or, c'est ce sens seulement qu'il faut attribuer aux cas rapportés par les auteurs traditionalistes et dans lesquels ceux-ci veulent voir l'origine de l'institution proprement dite des maẓālim. Un argument décisif dans le sens de cette interprétation résulte d'un texte même de la tradition. Comme nous l'avons déjà vu, le recueil des *Aġāni* rapporte, en parlant de Šaʿbi, que ce personnage était *l'agent des maẓālim* du gouverneur de Kūfa[4]. Or,

(1) Abū Al-Maḥāsin, I, 260.

Il s'agissait, suivant ce texte, d'un individu qui, ayant rencontré le calife Hišām, alors qu'il accomplissait un pèlerinage à la Mecque, s'était adressé directement à lui, pour demander la restitution de sa maison qui lui avait été usurpée.

(2) *Aġāni*, nouv. éd., II, 349.

(3) Tout ce que l'on peut retenir de l'opinion traditionaliste c'est que les souverains musulmans possédant, à l'instar de tous autres souverains, le pouvoir de justice, auraient pu se trouver en état de pratiquer cette autre forme du pouvoir de justice que constitue la procédure des maẓālim.

(4) لما ولي بشر بن مروان الكوفة كنت على مظاله .

tous les autres textes qui font mention de Ša'bi le représentent comme le *ḳāḍi* de la province de Kūfa, c'est-à-dire un magistrat ordinaire[1].

2 — Etant donné la nature même de l'institution des maẓālim — juridiction supérieure, manifestation du pouvoir souverain, destinée à réprimer principalement les injustices commises par le représentants, à divers degrés, de la hiérarchie de l'Etat et s'exerçant sous la forme d'un conseil, — il faut admettre, *a priori*, que cette institution n'a pu venir au jour dans l'Etat musulman qu'à une époque où cet Etat s'est trouvé définitivement formé et consolidé. En fait, les exemples originaux et authentiques d'exercice de cette juridiction, ayant toutes les caractéristiques essentielles de fond et de forme qu'elle suppose, ne commencent à apparaître en Orient qu'à partir de l'époque abbasside. Or, cette époque est elle-même caractérisée, au point de vue de la constitution des pouvoirs publics et notamment du pouvoir royal, par un large mouvement d'emprunts aux institutions publiques de la Perse sassanide. C'est dans cette voie qu'à notre avis, il faut diriger les recherches. Une indication très significative nous est fournie, dans ce sens, par l'opinion traditionnelle elle-même, lorsqu'elle juge nécessaire d'invoquer, au sujet des origines de l'institution, l'exemple des rois perses. Et cette indication est d'autant plus intéressante qu'elle constitue un des rares cas où la tradition musulmane consent à avouer, sinon une imitation d'institutions antérieures à l'Islam, tout au moins, une analogie entre ces institutions et celles qui seront adoptées dans le nouvel Etat.

Mais les arguments de fait sont encore plus probants.

Malgré la rareté de la documentation que l'on possède sur les institutions publiques de ce royaume antique, nous avons pu avoir que c'était une coutume établie chez les souverains perses de tenir, à l'occasion de certaines solennités, des audiences de justice[2]. En dehors de ces cas, certains rois, particulièrement soucieux de l'administration de la justice, tenaient des audiences à des occasions beaucoup plus nombreuses. Ainsi, le roi sasanide Ardašīr, dit la *šahnāmeh*, se rendait chaque jour, le matin, à la place publique du Maydān, où lui étaient présentées les plaintes des maẓalim ; et il rendait justice aux plaignants dont le bon droit était reconnu[3]. Le successeur

(1) V. *supra*, p. 75. (2) V. *supra*, p. 86. (3) *Šahnāmeh*, II, 56.

de Ardašīr. Sapor, s'engage solennellement à suivre l'exemple de son père « et à ne fermer à n'importe quel plaignant la porte de la justice[1] ». Dans le détail, encore, la ressemblance entre cette institution et l'institution adoptée en Islam est frappante. Elle apparaît en premier lieu dans la terminologie. Dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de plaintes dites *maẓālim*, de plaignants — *mutaẓallimūn* —, victimes d'injustices, — *ẓulāmāt* —, de la part de *ẓālimūn* ; dans l'un comme dans l'ature cas, le fait d'exercer l'action s'exprime par le verbe *taẓallama* ; la requête contenant la plainte s'appelait *ḳiṣṣa* ou *ruḳ'a* (قصة — رقعة) ; la décision rendue s'appelle *tawḳī'* (توقيع). Tous les textes arabes d'auteurs musulmans emploient les mêmes termes lorsqu'ils exposent le fonctionnement de l'institution chez les Perses et dans un sens identique à celui qu'ils leur donnent lorsqu'ils parlent de l'institution des maẓālim, dans le monde musulman.

La procédure est aussi la même. L'audience est publique dans le double sens qui s'attache à ce mot dans la procédure des maẓālim, dans l'Etat musulman, à savoir que toute personne est en principe admise à assister aux débats et en ce que toute personne est admise à saisir directement de sa plainte le souverain. Des fonctionnaires spéciaux sont même désignés pour faciliter au public l'accès de l'audience, faire l'appel général des plaideurs, des hérauts ayant annoncé au préalable la tenue du conseil. Les plaintes sont reçues et examinées dans les mêmes conditions.

Les attributions essentielles sont aussi identiques, puisque dans une phase préliminaire de l'audience tenue par le roi perse il examine, le cas échéant, les plaintes dirigées contre lui-même, ce qui fait présumer nécessairement que les actes d'injustice, abus, usurpations commis par les dignitaires de l'Etat, si haut placés qu'ils fussent, rentraient dans la compétence de cette juridiction.

Le titulaire premier de la fonction est aussi le même ; c'est le souverain. Dans un cas comme dans l'autre, l'exercice des maẓālim est pour lui un moyen de manifester son autorité suprême. Ce souverain ne siège pas seul, mais il est entouré d'un conseil comprenant les plus hauts dignitaires de l'Etat et principalement le *mobed mobedan*, qui correspond au ḳāḍi al-ḳuḍāt musulman[2]. Les califes musul-

(1) *Šahnāmeh*, II, 57.

(2) Sur tous ces points, v. les références indiquées *supra*, p. 86 et s.

mans auront à cœur d'imiter cette pompe que déployaient leurs prédécesseurs persans dans leurs audiences de maẓalim.

---

## Section VII. — L'institution des mazalim dans l'Espagne musulmane

Il a existé dans cette partie occidentale du monde musulman, une institution des maẓālim. Mais elle est loin de présenter les mêmes caractéristiques et la même ampleur que l'institution du même nom qui s'est développée en Orient. Lévi-Provençal note, avec beaucoup de perspicacité, « l'effacement, qui ne peut être fortuit, dans « lequel les historiens arabes laissent cette institution quand il s'agit « de l'Espagne musulmane[1] ». Mais, autant que les écrits des historiens, la doctrine juridique de ce pays et des contrées avoisinantes présente le même laconisme. On n'y trouve pas ces longs développements qui sont consacrés à cette institution dans les écrits des auteurs de droit public du monde musulman oriental, comme Māwardi, Ḳalḳašandi. Ibn ʿAbdūn, qui énumère les diverses fonctions importantes de l'Etat, en Espagne, ne fait aucune mention d'une institution des maẓālim[2]. Ibn Sahl mentionne, il est vrai, une « fonction de maẓālim » ; mais nous verrons bientôt à quelle institution cet auteur fait allusion.

1 — Sans doute, les souverains de l'Espagne musulmane ont exercé quelquefois un droit de juridiction supérieure ou de contrôle judiciaire. Ainsi, Ḫušāni rapporte que des habitants de la province de Jaen se plaignent à l'émir Ḥakam de leur ḳāḍi[3]. Ḥamdūn ibn Fuṭays se plaint au même Ḥakam d'un jugement rendu contre lui par le ḳāḍi al-ǧamāʿa, Muḥammad ibn Bašīr[4]. Un individu, victime d'un abus d'un agent de l'Etat, se plaint au calife Hišām ibn ʿAbd al-Raḥmān, lequel punit le coupable[5]. La tradition rapporte, au sujet du

(1) Lévi-Provençal, *l'Espagne musulmane*, 96 ; *adde*, sur la question en général, du même auteur, *Hist. Espagne*, III, 145 s. (2) *Journal asiatique*, 1934, 200 et ss. (3) Ḫušāni, 11. (4) Ḫušāni, 64. (5) Ibn ʿIḏari, II, 67.

calife ʿAbdallah, que, chaque vendredi après la prière, il tenait une audience publique, à l'une des portes de son palais, qu'il fit appeler « la porte de la justice ( باب العدل ) » et de laquelle il entendait les plaintes de ses sujets ; et qu'ainsi toutes les petites gens, toutes les victimes d'exactions et d'injustices, se trouvaient à même de se faire rendre justice ; que tous les puissants personnages s'abstinrent alors de commettre des abus à l'égard des plus faibles pour ne pas s'exposer à des plaintes auprès du souverain[1].

Mais, dans tous ces cas, on ne retrouve pas les caractéristiques essentielles de l'institution proprement dite des maẓālim. En premier lieu, on ne retrouve pas cet élément fondamental de toute institution de droit, à savoir, la continuité. Alors qu'en Orient, les califes considéraient l'exercice des maẓālim comme une manifestation nécessaire de leur souveraineté ; qu'au cours de leur histoire, cet exercice se développe d'une façon ordinaire, en Espagne, les cas tels que ceux que nous venons de mentionner restent isolés et exceptionnels.

Au surplus, de toutes les règles de forme, si caractéristiques de l'institution des maẓālim, composition d'une assemblée collégiale, participation de hauts dignitaires de l'Etat, notamment, les juges suprêmes, tenue de l'audience à l'occasion de certaines fêtes et solennités, etc. — on ne trouve aucune trace, en Espagne. La terminologie fournit encore une indication très significative. Les expressions classiques مجلس المظالم — نظر المظالم, qui désignent la fonction et le collège des maẓālim proprement dites et que l'on rencontre si souvent dans la littérature de l'Orient musulman, font, semble-t-il totalement défaut dans la chronique des souverains d'Espagne[2].

Tout ce que l'on peut inférer des cas précités et même de la probabilité de quelques autres cas du même genre, c'est que les monarques de l'Espagne musulmane exerçaient de temps à autre leur droit souverain de contrôle de la justice, tout comme le faisaient les an-

(1) Ibn Idari, II, 158. (2) Les textes relatifs à l'exercice de la justice par les souverains de l'Espagne musulmane emploient bien le terme de maẓālim. Mais nous avons déjà vu que ce terme désigne aussi, d'une façon très générale, tous actes contre lesquels on demande justice à l'autorité compétente, qu'elle soit le souverain ou le juge ordinaire, sans qu'il s'y attache un sens particulier quant à la forme dans laquelle la justice est rendue.

ciens monarques absolus : on ne peut conclure de là à l'existence d'une institution autonome.

En revanche, les litiges qui, en Orient, étaient portés naturellement devant le souverain ou tout autre titulaire de la charge des maẓālim, on les voit, en Espagne, déférés au tribunal du magistrat ordinaire. Ḥakam confie au ḳāḍi al-ǧamā'a la mission d'examiner les plaintes dirigées contre un magistrat de province. D'après d'autres textes plus nets encore, c'est au ḳāḍi al-ǧamā'a lui-même que s'adressent les victimes d'exactions et d'abus d'autorité commis par les agents de l'Etat[1].

Encore moins que les souverains, les ministres ou d'autres hauts dignitaires paraissent avoir exercé une charge analogue à celle des maẓālim. A côté de l'abondance des textes sur ce point dans la littérature orientale, la littérature de l'Occident musulman est, totalement, semble-t-il, muette.

La raison pour laquelle l'institution des maẓālim proprement dite ne s'est pas développée dans l'Espagne musulmane réside probablement en ce que ce pays n'a pas subi, comme l'Orient musulman, l'influence des institutions politiques de la Perse ; qu'en particulier, le droit de justice qu'ont pu exercer effectivement les souverains d'Andalousie ne s'est pas manifesté suivant les formes originales qu'a revêtues, du fait de cette influence, le droit de justice des souverains d'Orient. Il est vrai qu'on trouve dans Ibn Ḫaldūn, un texte qui peut soulever une objection. Dans la description qu'il fait de la fonction de la *wuzāra,* cet auteur rapporte qu'en Espagne, sous la dynastie des Umayyades, cette fonction « était divisée en plusieurs offices dont les titulaires portaient, chacun, le titre de wazīr ; qu'il y avait un wazīr pour la comptabilité publique ( حسبان المال ), un wazīr pour la correspondance, *et un wazīr pour connaître des requêtes des plaignants* ( النظر في حوائج المتظلمين )[1]. Comment doit-on interpréter celà, en regard par ailleurs du mutisme des textes au sujet de l'exercice des maẓalim par les hauts dignitaires de l'Etat ? Nous inclinons à penser qu'il ne faut voir dans la fonction signalée par Ibn Ḫaldūn qu'une simple charge administrative, instituée pour recevoir les plaintes des sujets, présentées sous la forme d'un recours purement

(1) 'Idari, II, 80. (2) Ibn Ḫaldūn, 239.

hiérarchique et qui donnaient lieu à une solution administrative et bureaucratique et nullement à une décision juridictionnelle et, encore moins, à une procédure de forme judiciaire.

2 — Cependant, les textes sont très nombreux qui signalent dans l'Espagne musulmane l'existence d'une fonction distincte des maẓālim, une *ḫiṭṭat al-maẓālim*[1].

Mais elle apparaît comme essentiellement différente de la fonction du même nom que nous avons vu fonctionner dans l'Orient musulman : au lieu, d'être distincte et indépendante de la magistrature kadiale et d'avoir pour objet d'exercer une justice extraordinaire pour laquelle cette magistrature se trouve insuffisante, elle est inférieure, subordonnée, à cette magistrature et munie d'attributions plus restreintes. En effet, l'autorité qui a compétence pour nommer à la *ḫiṭṭat al-maẓālim* et de laquelle relèvent hiérarchiquement les titulaires de cette fonction, — réserve faite naturellement de l'autorité du souverain — c'est le ḳāḍi lui-même. — Lorsqu'un titulaire des maẓālim est nommé à un poste de ḳāḍi, cela constitue une promotion, un avancement, pour lui[2]. Par ailleurs, il semble ressortir d'un des deux textes précités de Ibn Baškuwāl que le titulaire des maẓālim était parfois appelé par le ḳāḍi pour siéger auprès de lui comme simple assesseur et conseiller[3].

Quant aux attributions attachées à la fonction, les documents sont très rares. Mais de ceux que nous avons pu relever, il ressort que ces attributions sont exclusivement et strictement judiciaires, et, en tout cas, moins étendues que celles du magistrat kadial : puisque. comme on vient de le voir, l'agent des maẓalim relève du ḳāḍi, qu'il est son préposé, il appartient au ḳāḍi de lui déléguer la mesure de compétence qu'il veut[4]. La situation inférieure des agents des maẓālim par rapport aux ḳāḍi, en même temps que le caractère proprement judiciaire de leur fonction, ressortent du titre par lequel ils sont souvent désignés : le titre de *ḥākim* ( juge ), — ce terme étant spécial à des juges de rang inférieur[6].

Par ailleurs, les titulaires des maẓālim sont des hommes de loi.

(1) Cf. divers cas de nomination à cette fonction : Faraḍi, I. 36 : II, 85, 95 ; Ibn Baškuwāl, 306, 528 ; Ibn Abbār, II, 555, 455. — Pour le Maroc : Bel et Chéneb, 142.
(2) Ibn Baškuwāl, 306, 528. (3) Ibn Baškuwāl, 528. (4) Des textes mentionnent des attributions d'ordre répressif, ( Maḳḳari, I, 194 ). (5) Maḳḳari, I, 194. (6) *Ibid.*

La chronique signale quelques-uns d'entre eux comme des disciples de tels jurisconsultes célèbres de leur époque ou comme des professeurs de droit[1].

Le statut ainsi compris et délimité des mazalim en Occident est en étroite dépendance du statut même de la magistrature kadiale dans cette partie du monde musulman : celle-ci possédant en droit le pouvoir de juger selon la procédure extraordinaire et paraissant jouir en fait d'une autorité suffisante pour faire prévaloir, en toutes circonstances, ses décisions, la nécessité ne s'est pas fait sentir du recours à une autre institution[2].

(1) Maḳḳari, I, 3, 5 ; Bel et Chéneb, 165.

(2) V. *supra*, 446.

CHAPITRE DEUXIÈME

# LES JURIDICTIONS SPÉCIALES

## Section I. — Le kada' al-'askar قضاء العسكر

### §. Ier —Notions générales

La lecture des compilations de *fiḳh* (suivies, sur ce point encore, par des orientalistes qui ont exposé, d'une façon sommaire, le système judiciaire musulman), donnerait l'illusion que le ḳāḍi, en Islam, exerce un droit général de juridiction ; qu'il a été le seul magistrat institué pour le règlement judiciaire des litiges. Sans citer à nouveau la juridiction des maẓālim, dont nous venous de mesurer l'étendue, il a existé, en Islam, concurremment avec la juridiction kadiale proprement dite, de nombreuses autorités ayant une compétence judiciaire, les unes de caractère exclusivement judiciaire, les autres, administratives, de diverses natures, mais ayant des attributions judiciaires.

Ces autorités avaient, soit, un caractère d'exception à proprement parler, (en ce sens que leurs attributions figuraient en principe, ou en fait, dans la compétence générale du ḳāḍi et en ont été distraites, pour des considérations particulières à certaines époques et à certains milieux déterminés), soit, un caractère de droit commun, en ce que ces autorités ont exercé des attributions judiciaires, en raison de leur nature propre et en qualité de juges ordinaires des matières qui leur ont été dévolues.

Dans cette deuxième catégorie rentrent les institutions de la *šurṭa*, pour la juridiction répressive, et de la *ḥisba*, pour une nature

spéciale de contentieux municipal, institutions qui seront étudiées dans des chapitres distincts. Dans la première catégorie rentrent les juridictions des ḳāḍi al-'askar, ḥāǧib, ḥakim, ṣāḥib al-mawāriṯ al-ḥašryya, etc...

Naturellement, il ne peut s'agir, quant à cette catégorie en particulier, de délégations de pouvoir qu'accordait un ḳāḍi à un vicaire pour un litige ou un ensemble de litiges déterminés et où ce vicaire n'exerce la juridiction qu'en qualité de substitut du ḳāḍi qui l'a désigné et pour son compte ; mais bien de magistrats institués directement par le pouvoir supérieur et exerçant une autorité judiciaire distincte et autonome.

Nous avons déjà eu l'occasion de relever cette caractéristique particulière du système d'organisation judiciaire islamique, suivant laquelle il n'est pas tenu compte, d'une façon générale, de la qualité du justiciable pour la détermination de la compétence ; en d'autres termes, l'inexistence de juridictions différentes pour les différentes classes de la population. Il existe, cependant, quelques exceptions à ce principe. La juridiction du ḳaḍi al-'askar en est la plus notable. Il y en a d'autres ; mais, pour ces dernières, tantôt, leur caractère de juridictions spéciales à une catégorie déterminée de sujets ne tardera pas à s'effacer, comme cela est arrivé pour la juridiction du ḥaǧib ; tantôt, il ne s'agira pas de juridictions proprement dites, mais d'autorités administratives ou politiques ayant acquis accessoirement des attributions judiciaires, comme l'institution de la *niḳābat al-ašrāf*. Le *ḳaḍā' al-'askar*, au contraire, est réellement et exclusivement un organisme judiciaire et il l'est toujours resté[1].

Littéralement, l'expression *ḳāḍi al-'askar* veut dire : juge des soldats, juge de l'armée ; et *ḳaḍā' al-'askar* : juridiction des soldats, juridiction de l'armée. Sous réserve de l'indication ultérieure des attributions de ce magistrat, on peut définir d'une façon générale, le ḳāḍi al-'askar : le magistrat institué pour le jugement des litiges intéressant les personnes appartenant à l'armée.

La formation de cette juridiction est en connexion étroite avec la formation de la juridiction kadiale elle-même. Tout comme pour celle-ci, le point de départ a été le principe de la personnalité des lois d'organisation judiciaire. Nous avons vu, en effet, que, dans les

(1) V. *supra*.

premiers temps des invasions, les nouvelles communautés arabo-musulmanes qui se constituaient dans les territoires conquis, vivant en marge des communautés des anciens habitants du sol, auxquelles leurs coutumes et leurs tribunaux étaient laissés, postulèrent pour elles-mêmes une autorité compétente pour le règlement des litiges surgis entre leurs membres. Les formations militaires, les armées arabo-musulmanes qui allaient à la conquête de territoires toujours nouveaux ou qui s'installaient dans les territoires conquis, n'étaient pas différentes, à ce point de vue, des autres communautés d'adhérents de la nouvelle religion. Comme dans ces dernières, des litiges surgissaient, qui requéraient une autorité habilitée pour les régler. Originairement, ce besoin n'a pu se faire sentir que dans les corps d'armée qui se trouvaient en expédition et éloignés de leurs bases, et, par conséquent, n'ayant pas à leur portée le juge ordinaire institué pour la communauté civile, déjà constituée, des nouveaux adeptes. Ce qui fit encore davantage ressentir le besoin d'une autorité judiciaire au sein des armées, c'est le fait que les expéditions militaires n'avaient pas seulement pour objet la conquête de territoires et l'installation de la nouvelle puissance arabo-islamique, mais aussi la saisie et l'acquisition de larges butins de différentes natures, partagés en grande partie entre le soldats conquérants eux-mêmes. On a déjà bien fait ressortir cet aspect du caractère de la conquête : les habitants du Ḥiǧāz, « pays de misère et de faim أرض البؤس والجوع », attirés par les richesses des pays limitrophes, comme la Syrie, « pays du vin et du levain ( ارض الخمر والخمير ) » ; pressés de recueillir les dépouilles des Grecs ( غنائم الروم )[1]. Comment l'appropriation de ces biens, la désignation des ayants droit, la détermination des parts respectives, avec toutes les transactions ultérieures que la circulation de ces richesses pouvaient comporter, ne devaient-elles pas entraîner des conflits et des procès ? Toute une théorie sera ultérieurement construite par la doctrine, à partir de quelques dispositions coraniques, pour le partage du butin de guerre[2]. Lorsque, plus tard, les diplômes d'investiture seront délivrés pour la nomination de ḳāḍi al-ʿaskar, ces diplômes indiqueront, en premier lieu et comme matière d'attribution principale de ces magistrats, le butin ( الغنائم ), enlevé par les soldat[3] ; ce qui devenait ainsi une règle en un temps où la période des

(1) Lammens, *Précis*, I, 6, 59. (2) Māwardi, 121 et ss. (3) Umari, 123 ; Ḳalḳ., X, 217.

grandes invasions était définitivement close, devait l'être, à plus forte raison, à l'époque de ces invasions mêmes.

Sans doute, l'institution du ḳāḍi al-ʿaskar n'apparaîtra pas dès les premiers temps de la conquête et concurremment avec celle du ḳāḍi ordinaire. La raison en est bien simple : à cette époque, les communautés arabo-musulmanes n'étaient autres que le corps même des envahisseurs et le ḳāḍi ordinaire institué pour ces communautés était précisément le magistrat institué pour les conquérants. Le ḳāḍi al-ʿaskar ne commencera à prendre figure d'institution autonome que lorsque la distinction s'établira en fait entre les communautés civiles fixées sur le territoire, ne s'adonnant plus à des opérations militaires, et les formations militaires qui poursuivaient l'œuvre de guerre et de conquête[1].

Les premières traces consistantes que nous avons pu relever de l'existence du ḳāḍi al-ʿaskar, en Islam, datent de la première moitié du IIe s. h.[2]. Kindi mentionne que le gouverneur d'Egypte, Ṣāliḥ ibn ʿAli, ayant organisé une expédition militaire, désigna, pour chacune des diverses unités de son armée, un juge. Beaucoup de plaintes s'étant élevées au sujet des retards que mettaient ces magistrats dans le jugement des litiges, le gouverneur les fit remplacer par Ġawṯ ibn Sulaymān[3]. Or, ce Ġawṯ fut aussi ḳāḍi ordinaire d'Egypte entre les années 135/752 et 140/757. Quant à Ṣāliḥ ibn ʿAli, il fut gouverneur d'Egypte au cours de l'année 133/750. Quelques années plus tard, on trouve, en Andalousie, un ḳāḍi d'armée. Le premier souverain umayyade de cette partie du monde musulman, ʿAbd al-Raḥmān ibn Muʿawiya, nomme Ǧaḏār ibn ʿAmr, « juge de ses soldats (قاضي عسكره) ». Par la suite, en l'année 170/786, ce magistrat devait être promu au poste de ḳāḍi al-ǧamāʿa[4].

(1) L'institution d'un juge aux armées n'est pas un fait spécial au monde musulman. Il existait dans l'ancienne Perse un fonctionnaire dont le nom est exactement le même que celui de ḳāḍi al-ʿaskar ; c'est le *spah-dadvār* (le juge de l'armée) lequel, suivant l'avis des spécialistes de l'histoire persane, était préposé à la juridiction parmi les militaires (Christensen, *L'empire des Sassanides*, 69 ; *L'Iran sous les Sassanides*, 295 ; Taghi Nasr, 228). A Rome, le juriste accompagne l'armée (Ihering, *L'Esprit du droit romain*, trad. *De Meul.*, III, 105. (2) Cependant, Gāḥiẓ mentionne le nom d'un certain « Al-Muḳtaʿil, ḳāḍi al-ʿaskar des Azraḳites », secte dissidente du milieu du Ier s. h. (*Bayān*, éd. Sandūbi, I, 47, 274). (3) *Wulāt*, 359.
(4) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 10 ; Maḳḳari, II, 711.

Au cours des premiers temps de la période abbasside, les textes sont nombreux, qui mentionnent des nominations de ḳāḍi al-ʿaskar[1]. Par la suite, au cours du développement de l'institution, on relève différentes nominations du même genre que nous retrouverons plus loin[2].

## §. 2. — Le statut juridique du kadi al-ʿaskar

Le statut juridique du ḳāḍi al-ʿaskar n'est pas de nature différente de celui du magistrat ordinaire ; et il n'y a pas un corps de magistrature des ḳāḍi al-ʿaskar distinct du corps de la magistrature ordinaire. La seule différence importante réside dans la compétence. L'identité de statut est encore plus nette aux origines de l'institution que par la suite. Elle apparaît à de nombreux points de vue.

Le titre de ḳaḍi al-ʿaskar ne constitue pas une appellation générique, marque d'un élément propre d'une magistrature autonome. Dans les premiers temps, ce titre n'existait même pas sous cette forme. Le magistrat désigné pour connaître des litiges entre militaires est, suivant l'expression des textes, un *ḳāḍi institué pour l'armée*. Ainsi, dans le texte précité de Kindi, le gouverneur Ṣaliḥ ibn ʿAli nomme un ḳāḍi pour chaque unité de son armée. Ṭahir ibn Al-Ḥusayn demande que soit désigné « à son armée un ḳaḍi qui aura à connaître des litiges des soldats[3] ». La fonction qu'exerce le ḳāḍi al-ʿaskar est le ḳaḍā' proprement dit, c'est-à-dire, la juridiction ordinaire, celle-là même qu'exerce le ḳaḍi. C'est ainsi que les textes disent indifféremment que tel personnage a été nommé au ḳaḍā' *de* l'armée ou au kaḍā' *dans* l'armée. Nuʿmān était, avant sa nomination au poste de ḳāḍi d'Egypte, « titulaire du ḳaḍā' dans l'armée de Muʿizz[4] ». Maḥdi nomme Ibn ʿUlāṯa et Ibn Zayd « au ḳaḍā' à l'armée[5] ». Pour dire que tel per-

(1) Ibn Saʿd, VII, 2e partie, 48, 68, 74, 82 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 185 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, IX, 124 ; Ṭayfūr, 260. (2) Même à l'époque où il existera des postes fixes de ḳāḍi al-ʿaskar, dès qu'une formation militaire doit s'éloigner de sa base, même pour un but non militaire, l'autorité supérieure lui désignera un juge spécial. Ibn Ḫaldūn rapporte que, dans les premières années du VIIe s. h., un sultan du Maġreb, voulant envoyer des présents à la Mecque, fit accompagner la délégation qui en était chargée, d'une garde de cinq cents hommes pour lesquels il désigna un juge (Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VII, 226). (3) Ṭayfūr, 260 قاضٍ يكون في عسكره لينظر في امورهم

(4) *Wulāt*, 586. (5) V. *supra*, 494 n. 1.

sonne a été nommée ḳāḍi al-'askar, on se sert aussi de l'expression استقضي (litt. : a été institué juge). Cette terminologie est d'autant plus significative qu'on ne la voit pas employée pour les autres titulaires de fonctions comportant des attributions judiciaires : la juridiction des maẓālim, celle de ḥāǧib, celle de la šurṭa, par exemple ; les titulaires de ces fonctions ne sont pas couramment appelés des ḳāḍi ; ce sont des ṣāḥib al-maẓālim, ṣāḥib al-šurṭa, des ḥāǧib ; tout au plus. emploie-t-on parfois pour quelques-uns d'entre eux l'appellation de ḥākim ; rarement celle de ḳāḍi.

Les ḳāḍi al-'askar forment partie de la hiérarchie kadiale ordinaire. Cette caractéristique s'affirme par différents traits. Jusqu'à l'époque fatimite, le ḳaḍā' al-'askar ne figure pas, dans l'énumération des fonctions publiques, comme une fonction autonome, distincte de celle de la magistrature ordinaire[1]. Lorsque 'Abd Al-Raḥmān ibn Isḥāḳ est désigné comme juge à l'armée de Ṭāhir ibn Al-Ḥusayn, le chroniqueur dit qu'à partir de ce moment, « il entra dans le rang des magistrats ordinaires (دخل في عداد القضاة) ». Un même magistrat passe normalement d'un poste de ḳāḍi al-'askar à celui d'un ḳāḍi ordinaire et vice-versa. Ainsi, Muḥammad Al-Anṣāri est tout d'abord ḳāḍi du district de Baṣra avant d'être nommé comme ḳāḍi al-askar; puis il reprend son poste à Baṣra; Ḥusayn ibn 'Aṭiyya passe du poste de ḳāḍi d'un des quartiers de Bagdad à celui de ḳāḍi al-'askar.

Dans le même ordre d'idées, lorsqu'un magistrat exerçant la justice à l'armée doit recevoir un avancement, c'est à un poste important de la magistrature kadiale qu'il est désigné.

La loi que le ḳāḍi al-'askar doit appliquer est identiquement la même que celle qu'applique le magistrat ordinaire, contrairement au juge des maẓālim, du ḥāǧib, qui statuent autant en équité qu'en droit strict. Le texte des diplômes d'investiture des ḳāḍi al-'askar est sur ce point très net : ces magistrats y reçoivent pouvoir de juger conformément aux principes du šar' ; il n'existe pour eux aucune référence à un autre principe de droit, à la *siyāsa* de la procédure des maẓālim, par exemple[2]. Aussi, les ḳāḍi al-'askar doivent-ils, en principe, être, comme les ḳāḍi ordinaires, versés dans la connaissance de la loi ; ce sont des jurisconsultes, des fuḳaha. Lorsque les chroniqueurs citent le nom de quelques-uns de ces magistrats, ils le font

(1) Ḳalḳ., III, 486, (2) Ḳalḳ., XI, 205.

précéder ou suivre de la mention de cette qualité. Ainsi, Ibn Ḫaldūn appelle un ḳaḍi al-ʿaskar de Fez, au Maroc, le *faḳīh* Abū Al-Ḳāsim Al-Barǧi [1].

C'est pourquoi, on rencontre aussi de ces magistrats qui, comme les magistrats ordinaires, exercent, cumulativement avec leur charge, des fonctions d'enseignement du droit[2].

La juridiction du ḳāḍi al-askar est, comme la juridiction ordinaire, susceptible de délégation. Le ḳāḍi al-ʿaskar institué pour une vaste circonscription ou pour une armée nombreuse peut désigner des vicaires, des *nāʾib* ou *ḫalīfa*[3].

Il n'est donc pas étonnant de voir parfois des magistrats de cet ordre cumuler avec leur propre charge celle de la juridiction ordinaire. Ibn Šaddād est nommé vers la fin du VIe s. h., par Saladin, ḳādi al-ʿaskar de l'armée et en même temps ḳāḍi de Jérusalem[4].

Tout comme le ḳāḍi ordinaire, le ḳāḍi al-ʿaskar est un magistrat à caractère religieux. Une première manifestation de ce caractère est révélée par le fait que le ḳāḍi al-ʿaskar, lorsqu'il ne se trouve pas en campagne avec l'armée, tient ses audiences à la mosquée, à l'instar du magistrat ordinaire. Ibn Saʿd rapporte, au sujet des ḳaḍi al-ʿaskar Ibn ʿUlaṯa et Ibn Yazīd que Mahdi avait nommés, qu'ils siégeaient à la mosquée de Ruṣāfa, à Bagdad, chacun à l'une des deux extrémités de l'édifice[5]. Comme les ḳāḍi ordinaires, les ḳāḍi al-ʿaskar sont parfois appelés à présider la prière ou à faire la ḫutba[6]. ʿAli ibn Al-Walīd, ḳāḍi de l'armée de Ǧawhar, le conquérant de l'Egypte, surveille à la mosquée l'accomplissement régulier des rites de la prière, conformément à la doctrine ismaïlienne, qui était celle des Fatimites, nouveaux maîtres du pays[7].

La justice du ḳaḍi al-ʿasḳar doit se distinguer cependant de la justice ordinaire par quelques règles particulières de procédure. Elle doit être rapide, comme le précise un modèle de diplôme de nomi-

(1) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, VIII, 452. (2) Maḳrīzi, IV, 87 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, I, 198; Kutubi, I, 62. (3) Ibn Saʿd, VII, 2e partie, 69. (4) Ibn Ḫallikān, II, 468. (5) Ibn Saʿd, VII, 2e partie, 68. — Des textes de l'époque mamluk indiquent où doit tenir son audience le ḳāḍi al-ʿaskar lorsqu'il se trouve en campagne avec les troupes. Il doit choisir un endroit facilement reconnaissable et accessible ; de préférence, près des drapeaux à leur droite (ʿUmari, 123 ; Ḳalḳ., XI, 207).
(6) Maḳrīzi, IV, 87. (7) *Obaidides*, 41 ; Maḳrīzi, IV, 44.

nation à cette fonction ; le ḳāḍi al-ʿaskar ne doit pas obliger les soldats, occupés à la guerre, à revenir trop souvent devant lui ; il doit être toujours prêt à rendre sans retard son jugement[1]. Des facilités sont accordées dans l'administration des preuves. Bien qu'en principe, la jurisprudence à l'époque mamluk frappait les soldats d'incapacité de témoigner en justice, ils étaient admis, étant donné les nécessités pratiques, à témoigner devant le tribunal de ḳāḍi al-ʿaskar[2].

Ainsi, l'institution du ḳaḍāʾ al-ʿaskar se maintient longtemps, jusqu'à la fin de la période fatimite, sans aucune organisation autonome, mais comme un ordre spécial de juridiction dans le système général de la magistrature ordinaire.

## §. 3. — L'organisation autonome de la juridiction du kadi al-ʿaskar

A partir de l'époque ayyubite, une transformation importante s'opère dans l'organisation du ḳaḍāʿ al-ʿaskar, sans cependant affecter la nature et la compétence de cette magistrature. Elle est arrivée à une pleine maturité, à un haut degré de développement ; elle paraît animée d'une vitalité propre, suffisante pour lui permettre de se dégager du système général de l'organisation judiciaire ordinaire et constituer un corps de magistrature autonome. Ḳalḳašandi, dans la description de la hiérarchie de l'Etat à partir de l'époque ayyubite, mentionne, dans la catégorie des fonctions religieuses, au deuxième rang et après la magistrature ordinaire, le ḳaḍāʾ al-ʿaskar[3]. L'institution prend alors, spécialement à l'époque mamluk, une ampleur considérable. Sortie du sein de la hiérarchie judiciaire ordinaire, elle cherchera dans sa nouvelle organisation à s'y conformer. Elle étendra des ramifications, de la métropole, aux différentes grandes provinces du royaume.

Dans la capitale, au Caire, il existe trois postes de ḳāḍi al-ʿaskar, pour chacun des trois maḏhab, ḥanafite, šafiʿite et malékite. Il n'y a

(1) ʿUmari. 123 ; Ḳalḳ., XI, 207.
(2) ʿUmari, *eod. loc.* ; Maḳrīzi, III, 335.
(3) Ḳalḳ., IV, 36.

pas de ḳāḍi al-ʿaskar ḥanbalite[1]. A Damas, il existe deux postes, pour un ḥanafite et un šafiʿite[2]. La même organisation se retrouve dans les provinces d'Alep, Tripoli et Safad[3]. A Ḥama, il n'y a qu'un magistrat de rite ḥanafite[4].

Ces divers postes ont une importance telle que, comme pour les postes de ḳāḍi al-ḳuḍāt, la nomination de leurs titulaires est réservée au pouvoir central, à moins d'une autorisation exceptionnelle donnée à cet effet au vice-roi de la province[5].

(1) Ḳalḳ., IV, 36. Dans un autre texte (XI, 204), le même auteur affirme que « la coutume s'est établie (au Caire) de l'institution de quatre ḳāḍi al-ʿaskar, un de chaque rite ». Ce n'est peut être là, sans doute, qu'une simple inadvertance de l'auteur. Le texte figure dans un chapitre consacré aux règles de forme de la correspondance officielle et des modèles de diplômes d'investiture des fonctions publiques. Or, on peut admettre qu'il y a lieu d'accorder moins de crédit à un texte relatif à l'organisation de la fonction et cité incidemment dans ce chapitre qu'au texte précédent qui figure dans le chapitre consacré spécialement à la description de l'organisation même des services publics. Au surplus, le nombre de trois ḳāḍi al-ʿaskar est confirmé par d'autres textes. Ainsi, au sujet de la composition du conseil des maẓālim, Ḳalḳašandi lui-même indique que font partie de ce conseil les *trois* ḳāḍi al-ʿaskar au Caire (Ḳalḳ., IV, 45).
(2) Ḳalḳ., IV, 492. Dans un autre texte, Ḳalḳašandi indique qu'il existe à Damas « quatre ḳāḍi (al-ʿaskar) de quatre différents maḏhab, comme au Caire ». Là encore, nous pensons qu'il y a eu inadvertance de la part de l'historien. Ce texte, en effet, est en contradiction avec les deux précédents (IV, 36, 192). D'autre part, on peut faire valoir sur ce point encore la même argumentation, — tirée de la valeur comparée des textes — que celle invoquée à la note précédente. Enfin, le même Ḳalḳašandi, parlant de l'organisation du ḳaḍā' al-ʿaskar, dans la province d'Alep, indique qu'il y avait deux postes de cette fonction « *comme à Damas* » (Ḳalḳ., IV, 211). (3) Ḳalḳ., IV, 221, 234, 250. (4) Ḳalḳ.. IV, 238. (5) Ḳalḳ., IV, 192; XII, 359. — Les destinées de l'organisme du kāḍi al-ʿaskar devaient atteindre leur apogée dans l'Empire ottomane. Par l'effet, sans doute, de la suprématie du pouvoir militaire, la juridiction du ḳāḍi al-ʿaskar s'élève au-dessus de la juridiction ordinaire, qui lui devient subordonnée. Dans l'organisation du nouvel Etat, la charge de ḳāḍi al-ʿaskar est l'une des quatre charges les plus importantes : et elle vient, en deuxième rang, après celle du wazīr. C'est le kāḍi al-ʿaskar qui exerce la juridiction suprême dans tout l'Empire et qui est le chef de l'administration judiciaire. Il prend ainsi la place de l'ancien kāḍi al-kuḍāt. Il nomme à tous les offices de judicature; il a la haute main sur les établissements d'enseignement juridique (madrasa).

Depuis la fondation de l'Empire jusqu'à la fin du règne de Muḥammad II, il n'y eut qu'un seul kāḍi al-ʿaskar, chef suprême de la hiérarchie judiciaire. La dernière année du règne de ce souverain, un nouveau poste fut créé; et il y eut un kāḍi al-ʿaskar pour les provinces européennes de l'Empire et un autre pour les provinces asiatiques (cf. Hammer, *Histoire de l'Empire ottoman*, III, 309 et ss.. V. un cas spécial, Kutubi, I, 144).

## §. 4. — La compétence

On peut déjà dégager une idée générale de la compétence du ḳāḍi al-ʿaskar, de la nature même de sa juridiction. Cette compétence comprend tous les litiges d'ordre privé intéressant des militaires. Un modèle de diplôme d'investiture, à l'époque mamluk, rapporté par ʿUmari et Ḳalḳašandi, indique les matières principales qui donnent lieu aux procès soumis à la juridiction du ḳāḍi al-askar : le partage et l'attribution du butin de guerre, les contrats de vente, de société, créances d'argent[1]. Il ne semble pas, en général, que le ḳāḍi al-ʿaskar ait eu des attributions répressives.

En plus de cette compétence ordinaire, les ḳāḍi al-ʿaskar, titulaires des divers postes supérieurs créés à l'époque mamluk, possèdent deux autres ordres d'attributions. Rappelons, d'abord, que les ḳāḍi al-ʿaskar étaient devenus à partir du milieu du IIIe s. h., membres de droit du conseil des maẓālim et qu'ils y prenaient place immédiatement après les quatre ḳāḍi al-ḳuḍāt. Ḳalḳašandi indique d'autres attributions encore, dans des textes dont le sens ne paraît pas très clair. Dans un premier passage, l'auteur indique que le ḳāḍi al-ʿaskar accompagne le sultan dans ses voyages[2]. Dans un autre texte, il définit la fonction du ḳāḍi al-ʿaskar celle qui a pour objet d'exercer la justice lorsque ce magistrat accompagne le sultan dans « ses voyages[3] ». Doit-on déduire de ces textes que les ḳādi al-ʿaskar — tout au moins, les titulaires suprêmes de cette juridiction — exercent la juridiction ordinaire dans les circonstances exeptionnelles où le sultan, se trouvant en tournée, serait saisi de quelques procès ? Tout dépend du sens qu'il faut donner au terme « voyages » employé par Ḳalḳašandi : s'agit-il du sens ordinaire de ce mot ou d'expéditions militaires menées par le souverain ? Dans ce dernier cas,

L'institntion est ainsi essentiellement transformée : au lieu d'être une magistrature spéciale elle est devenue la magistrature ordinaire elle-même. Des textes importants à consulter sur l'histoire du kāḍi al-ʿaskar, dans l'Empire ottomane, se trouvent dans la chronique de Kutubi, figurant en marge de l'histoire de Ibn Ḫallikān : cf. notamment, I, 73, 113, 144, 172, 236, 245, 247 et ss., 602 ; II, 337, 376, 534 ).

(1) ʿUmari, 123 ; Ḳalḳ., XI, 205. (2) Ḳalḳ., IV, 36 يسافر مع السلطان اذا سافر
(3) Ḳalḳ., XI, 204 موضوعها التحدث في الاحكام في الاسفار السلطانية

le texte n'indiquerait pas une attribution supplémentaire du ḳāḍi al-'askar.

Comment se détermine exactement la compétence du ḳāḍi al-'askar quant aux personnes qui relèvent de sa juridiction ? Un premier point est certain et découle de la nature même de la fonction : toutes les fois que les deux parties au procès sont des militaires, le tribunal compétent est celui du ḳāḍi al-'askar. Mais *quid* lorsque l'une des parties litigantes n'appartient pas à l'armée ? Cette question, comme la précédente, d'ailleurs, n'est pas traitée dans les textes précités, relatifs à la juridiction du ḳaḍi al-'askar. Mais on trouve sur cette matière des règles formulées dans les ouvrages de droit, dans les parties où ils traitent de la compétence judiciaire, en général. Le principe admis par les auteurs est celui-ci : la compétence se détermine suivant la qualité du défendeur ; c'est une application particulière de la règle de droit commun *actor sequitur forum rei.* Par conséquent, disent les auteurs, si un militaire veut actionner un civil, le juge compétent est le ḳāḍi ordinaire ; si c'est un civil qui veut actionner un militaire, le juge compétent est le ḳāḍi al-'askar[1]. C'est dans ce sens qu'il faut entendre la règle formulée par les auteurs que « le ḳāḍi al-'askar n'a pas autorité sur le justiciable non militaire[2] ».

Mais l'incompétence du ḳāḍi ordinaire à l'égard du militaire, défendeur à un procès, semble être simplement une incompétence relative. En effet, les textes qui spéculent sur le cas du militaire qui est actionné devant le tribunal de ce magistrat qu'il déclarent incompétent, supposent que le militaire « *refuse* de se faire juger par un autre magistrat que le ḳāḍi al-'askar[3] ». D'où il résulte que le militaire peut renoncer au bénéfice de cette compétence.

---

(1) Ibn kāḍi Samāwana, I, 16 ; Ibn Nuǧaym, VII, 193 ; Ibn 'Abdīn, IV, 580.
(2) Ibn kāḍi Samāwana, *eod. loc.* (3) Ibn Nuǧaym, *eod loc.*

## Section II. — Le hagib[1]

### §. Ier — Notions générales

L'institution du ḥāǧib, étant essentiellement de nature politique et administrative, ne s'est vu attribuer une compétence judiciaire que par l'effet d'une extension de pouvoir purement arbitraire, laquelle ne s'est produite qu'à une époque tardive de l'évolution historique et dans certaines parties du monde musulman seulement.

Le terme de ḥāǧib vient du verbe *ḥaǧāba*, qui signifie : cacher, voiler, et, par extension, empêcher d'avoir accès à quelqu'un. En conséquence, le terme a été employé pour désigner des fonctionnaires d'un rang subalterne, qui ont pour office de « garder la porte » d'un fonctionnaire supérieur. C'est ainsi que nous avons relevé, dans la classe des auxiliaires de justice, des ḥāǧib, dont la fonction consiste à ne permettre qu'aux intéressés, et chacun à son tour, d'avoir accès auprès du kāḍi et d'accompagner ce magistrat comme garde du corps, dans ses déplacements[2]. Ce même terme a servi aussi à désigner le chambellan du souverain. La fonction même de chambellan porte le nom de *ḥiǧāba* ou *ḥiǧba* ou encore *ḥuǧūbyya*. D'après la définition qu'en donnent les auteurs, elle a pour objet « d'interdire l'accès du public auprès du souverain et de n'autoriser cet accès qu'aux moments et dans les conditions permis[3] ». Suivant une autre formule, la fonction a pour objet de « transmettre au souverain les nouvelles de ses sujets et de leur obtenir la permission de comparaître devant lui[4] ».

Conformément à l'attitude qu'adopte la doctrine historique musulmane à l'égard de beaucoup d'institutions, quelques auteurs, com-

(1) La bibliographie du sujet est constituée principalement par des textes tirés de Makrīzi, III, 356 et ss. ; Ḳalḳ., V, 450 ; IV. 19, 185, 218, 233, 238 ; Ibn Ḫaldūn, 240 et ss. ; cf. aussi *E. I.*, V° Hadjib. Sur cette même institution dans la Tradition, cf. Ibn Kutayba, éd. égypt., 73 et ss. ; Nuwayri, VI, 81 et ss. (2) V. *supra*, 258, 281.
(3) Ibn Ḫaldūn, 248. (4) Ḳalk.. V, 449.

me Ḳalḳašandi et Ḳudā'i, font remonter les origines de la ḥiǧāba aux premiers temps de l'Islam, aux fins, sans doute, de la représenter comme une institution spécifiquement islamique. Ainsi, le calife Abū-Bakr aurait eu un ḥāǧib en la personne de son client Šidīd ; le ḥāǧib de 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb s'appelait Yarfa' ; celui de 'Uṯman, Ḫumran ; celui de 'Al Ḳunbar ; et, ainsi de suite, tous les califes auraient eu leur ḥaǧib[1]. D'autres auteurs, cependant, ne font remonter l'origine de l'institution qu'à l'époque umayyade. Ce fut, dit Ibn Ḫaldūn, parce que les souverains craignirent d'être l'objet d'agressions comme celles dont avaient été victimes leurs prédécesseurs, les califes 'Umar, 'Ali et Mu'awiya ainsi que 'Umar ibn Al-'Aṣ et d'autres, qu'ils maintinrent auprès d'eux un personnage ayant pour fonction d'interdire l'accès de leur porte au public. L'institution apparaît, d'après cette dernière opinion, comme postérieure au califat de Mu'awiya tout au moins. Le premier des califes umayyades à qui la tradition attribue un ḥaǧib est 'Abd Al-Malik ibn Marwan ( 65/685-86/705 ). Les Abbassides adoptèrent l'institution et elle resta, dans leur dynastie, restreinte à sa fonction originaire.

En Espagne, la *ḥiǧābā* a une signification différente ; elle désigne la fonction même qu'en Orient on appelle *wazāra*. Sans doute, le titre est porté par plusieurs hauts fonctionnaires, mais il ne s'agit pas du titre d'une fonction, mais celui d'une dignité que le souverain décerne aux personnages de l'Etat qu'il veut distinguer[2]. Aussi bien, Ibn Ḫaldūn dit que le ḥaǧib est « l'agent intermédiaire entre le souverain et ses wazīr et les autres dignitaires de l'Etat », et lorsque, à l'époque de la décadence du pouvoir royal, l'autorité effective échappa aux souverains, le ḥaǧib devint — autre maire du palais — le personnage tout-puissant dans l'Etat. C'est ainsi que le fameux Manṣūr et ses fils étaient des ḥaǧib. Le titre finit par devenir même synonyme de roi. Lorsque, après la dislocation du royaume umayyade. il se constitua, sur ses ruines, de petits Etats, leurs souverains ajoutaient toujours à leur titre celui de ḥāǧib. Dans la dynastie des Almohades, cependant, l'institution resta ignorée. Chez les Ḥafsides, le ḥāǧib commença par être un simple intendant pour l'administration de la maison du roi ; mais, comme les souverains prirent l'habitude d'éviter tout contact direct avec leur peuple et les dignitaires

(1) Ḳalk., V. 449. — Ce qui n'empêche pas le même Ḳalkašandi de dire, dans un autre passage, que ce fut sous le califat de 'Abd Al-Malik ibn Marwān que l'institution de la ḥiǧāba apparut pour la première fois en Islam ( Ḳalk., IV, 19 ).
(2) Cf. Lēvi-Provençal, *Hist. Esp.*, III, 18.

de l'Etat, le ḥāǧib devint, naturellement, comme en Espagne, l'agent intermédiaire entre le roi et ses sujets, Par la suite il devint aussi le conseiller du souverain et on lui reconnut la haute main sur les affaires militaires (جمع له السيف والحرب). La ḥiǧāba « devint ainsi la plus importante de toutes les fonctions publiques ». Mais, vers la fin de cette dynastie, les souverains ayant repris eux-mêmes la direction des affaires, la ḥiǧāba tomba en décadence et disparut ; et il en était ainsi, à l'époque de Ibn Ḫaldūn, c'est-à-dire au VIIIe s. h.

Sous les Fatimites, l'institution de la ḥiǧāba ne se retrouve pas ; mais il existe une autre fonction, que certains auteurs comme Ḳalḳašandi prétendent lui assimiler, celle du *ṣāḥib al-bāb*[1]. Or, ce haut dignitaire avait pour attribution, comme nous l'avons vu, d'exercer la justice des maẓālim. Il n'y a donc, en réalité, comme analogie entre cette fonction et celle de la ḥiǧāba telle qu'elle s'était développée jusqu'à cette époque. Lorsque Ḳalḳašandi compare la fonction du ṣāḥib al-bāb à celle du ḥāǧib telle qu'elle se transformera par la suite, à l'époque mamluk, il y a à la base de son raisonnement un anachronisme.

## §. 2. — La fonction de la higaba à l'époque mamluk

Quoique les détails que donne Ḳalḳašandi sur la fonction de la ḥiǧāba, après l'époque fatimite, aient été rangés par lui dans un chapitre unique où cet auteur traite de l'organisation de l'Etat aux époques ayyubite et mamluk tout à la fois, il est certain que la transformation qu'a subie cette fonction n'est pas antérieure à l'époque mamluk, comme cela résulte d'autres textes plus circonstanciés, tels que ceux de Ibn Ḫaldūn et de Maḳrīzi. Le ḥāǧib, à cette nouvelle époque de l'histoire islamique, n'a plus rien de commun avec celui des dynasties révolues : ce n'est pas le « chambellan » des Umayyades et des Abbassides et ce n'est pas le chambellan promu au rang de premier ministre des dynasties d'Occident.

Au point de vue des origines de l'institution, il semble résulter d'un texte de Maḳrīzi, dont le sens n'est pas très clair, qu'elle aurait

(1) V. *supra*, 492.

été introduite par les Mongols lors de leurs invasions en Syrie et de leur installation dans ce pays et en Egypte[1].

La ḥiǧāba figure parmi les fonctions militaires, « fonctions des hommes d'épée » comme disent les textes, et elle vient en huitième rang dans la classification présentée par Ḳalḳašandi[2]. Il y a cinq titulaires de cette fonction ; deux d'entre eux sont des ḥāǧib al-ḥuǧǧāb ou ḥāǧib en chef. Elle se retrouve aussi bien que dans la capitale auprès du souverain, dans les provinces auprès des vice-rois. Le nombre des titulaires de cette fonction varie d'ailleurs suivant les provinces et les époques. A Damas, à l'époque du sultan Barḳūḳ, il y a cinq ou six ḥāǧib ; à d'autres époques, il y en a quatre. A Alep, on signale ordinairement, quatre ḥāǧib ; à Tripoli, trois ; à Ḥama, deux. En tout cas, il y a toujours parmi ces fonctionnaires, et dans chaque province, un ḥāǧib qui est le chef de la hiérarchie, un ḥāǧib al-ḥuǧǧāb.

Les attributions de ces dignitaires ne semblent pas avoir été exactement les mêmes dans la métropole et dans les provinces ; elles sont bien plus étendues dans le premier cas que dans le second. Nous étudierons tout d'abord la compétence judiciaire du ḥāǧib en Egypte.

Les textes qui sont relatifs à cette compétence sont bien confus. Suivant que l'on consulte tel ou tel auteur on pourrait concevoir des opinions différentes quant à la nature et à l'étendue de cette compétence ainsi que quant à son évolution au cours de l'époque mamluk. Il nous semble tout de même qu'on peut dégager de la comparaison des divers textes le processus suivant :

Dans une première phase, la personnalité du ḥāǧib ne se dégage pas encore de son caractère administratif, et, naturellement, sa compétence est encore restreinte au milieu dont il fait partie. Le ḥāǧib est alors le magistrat chargé de connaître des litiges intentés contre les émirs ( chefs militaires ) et autres haut gradés, ainsi que des litiges entre militaires et notamment des contestations portant sur les dotations et les fiefs qui sont alloués aux membres de l'armée[1]. Il y

(1) Makrīzi, III, 359. (2) Sur un ordre de nomenclature, v. *E. I.* V° *Hadjib.* (2) Makrīzi, III, 356 ... موضوع الحجبة ان متوليها ينصف من الامراء والجند وكان حكم الحاجب لا يتعدى النظر في مخاصمات الاجناد واختلافهم في امور الاقطاعات .

a là, semble-t-il, une compétence concurrente à celle du ḳāḍi al-'askar ; mais elle est plus spéciale, restreinte aux conflits importants mettant aux prises des militaires d'un rang élevé et ayant pour objet les prébendes considérables dont ces militaires étaient les bénéficiaires.

Mais cette compétence du ḥāǧib va s'étendre par l'effet d'une autre attribution qui lui est reconnue et qui consiste en ce que le ḥāǧib devient une sorte d'adjoint et de vicaire du premier ministre du royaume, le *nā'ib al-salṭana*. « La ḥiǧāba, dit Maḳrīzi, vient immédiatement après la niyābat al-salṭana... A défaut de titulaire de cette dernière fonction, c'est le ḥāǧib ( sans doute, le ḥāǧib al-ḥuǧǧāb ) qui en tient lieu et place ; et c'est lui qui représente le nā'ib al-salṭana dans beaucoup de cas ». Nous verrons, par ailleurs, que, dans les provinces de Syrie, telle était la fonction principale du ḥāǧib. Le nā'ib al-salṭana est, après le souverain, le principal dignitaire de l'Etat qui exerce aussi la juridiction supérieure des maẓālim. Absorbé par ses fonctions de direction générale des affaires publiques, il devait tout naturellement s'en remettre à son principal collaborateur du soin des maẓalim. C'est ainsi que cette compétence en arrive à constituer la fonction principale du ḥāǧib, comme le note Maḳrīzi lui-même dans un passage que nous avons déjà eu l'occasion de commenter, en parlant des maẓālim à l'époque mamluk[1]. Ḳalḳašandi est encore plus formel : « Le ḥāǧib est le fonctionnaire qui statue en matière de maẓalim spécialement, dans les affaires administratives où l'action ordinaire en justice n'est pas recevable[2] ». Or, nous avons déjà constaté[3] la confusion qui s'était établie à l'époque mamluk entre la justice ordinaire et la justice extraordinaire des maẓalim. Connaître des maẓalim s'entendait aussi dorénavant des procès civils ordinaires, avec cette différence avec la juridiction kadiale, que le magistrat jouissait d'un pouvoir d'appréciation en équité quant au fond, et d'une grande liberté dans la procédure.

Cette compénétration de la justice des maẓalim et de la justice ordinaire ressort encore d'un texte de Ibn Ḫaldūn. Pour justifier la compétence du hāǧib en matière judiciaire, l'auteur représente cette compétence comme procédant de celle du nā'ib al-salṭana lequel a « pouvoir de juridiction sur les dignitaires de l'Etat et sur les gens du peuple », pouvoir qui se confond ainsi avec les maẓalim. Cette

(1) Makrīzi, III, 339. (2) Ḳalk., V, 450. (3) V. *supra*, 490.

période fut inaugurée, comme cela semble ressortir d'un texte de Maḳrīzi, en l'an 746/1345. En cette année, dit, en effet, cet auteur, le sultan Ša'bān ibn Ḳalāwūn désigna l'émir Aḳ-Sonḳor comme ḥāǧib al-ḥuǧǧāb, pour « juger les litiges entre les plaideurs » ; — il se mit « à juger les litiges entre les justiciables comme le faisait le nā'ib al-salṭana ». Peu de temps après, un autre émir « fut désigné encore comme ḥāǧib » pour juger, au Caire, conformément à la coutume des ḥāǧib.

Après la mort du sultan Ša'bān, « la situation des ḥaǧib revint à ce qu'elle était, suivant la coutume ancienne ». Il faut entendre, sans doute, par là que la compétence des ḥaǧib se trouva de nouveau restreinte à l'exercice de la juridiction intéressant les militaires.

Jusqu'à maintenant, il n'y a rien de particulier quant au statut du ḥaǧib : substitut du nā'ib al-salṭana, il reçoit délégation pour l'exercice de la justice des maẓālim. Son statut est identique à celui des agents délégués ordinaires des maẓalim dont la compétence n'est pas concurrente à celle des magistrats de l'ordre kadial, ni, à plus forte raison, exclusive de celle-ci.

La transformation du caractère de la juridiction du ḥaǧib commence le jour où ce fonctionnaire émet la prétention d'attirer à son tribunal les procès ordinaires, qui ne présentent aucun aspect justifiant l'application de la procédure des maẓālim. Au témoignage de Maḳrīzi, les ḥāǧib, déjà à l'époque où ils n'étaient compétents que pour des conflits intéressant les militaires, « faisaient souvent comparaître *par la force* les justiciables ordinaires devant leur tribunal ». Un autre facteur de cette extension de compétence des ḥaǧib est indiqué encore par Maḳrīzi. Un certain nombre de commerçants étrangers, au Caire, s'étaient plaints au sultan Ibn Ḳalāwūn, en l'année 753/1352, des retards que subissaient leurs procès devant le tribunal du grand juge de l'époque. Le sultan prit prétexte de ces doléances pour « interdire aux ḳaḍi, en général, de connaître des procès des commerçants et des créanciers[1] ». En réalité, la formule de compétence des ḥaǧib était devenue plus large et plus compréhensive. D'après d'autres textes de Maḳrīzi, les ḥaǧib étaient devenus compétents pour connaître de « toutes les affaires *šar'yya* ( entendez par là : tous les procès de la compétence ordinaire des ḳaḍi ), tels que les procès matrimoniaux, ainsi qu'en matière de dettes et d'obliga-

(1) Makrīzi, III, 360.

tions[1] ». Et, au point de vue des justiciables, le même auteur ajoute : « Le ḥāǧib est arrivé à exercer son pouvoir de juridiction à l'égard de toute personne, humble ou puissante, qu'il s'agisse de juridiction ordinaire ou de maẓālim[2] ».

La juridiction du ḥāǧib était ainsi définitivement constituée, à titre de juridiction ordinaire, avec cette caractéristique qu'elle s'exerçait, non selon le droit strict, comme celle des ḳaḍi, mais selon la procédure de la *siyāsa*.

Cette juridiction était-elle devenue simplement concurrente à celle du ḳaḍi ou exclusive de celle-ci ? Nous avons vu que le sultan Ibn Ḳalāwūn, en conférant pouvoir de juridiction ordinaire aux ḥaǧib, en matière de commerce et d'obligations, avait interdit aux ḳaḍi de connaître des procès relatifs à ces mêmes matières. Et, à la suite du texte où il indique la compétence générale des ḥaǧib en matière de juridiction ordinaire, le même auteur ajoute qu'aucun justiciable relevant des ḥaǧib ne pouvait plus s'adresser aux ḳaḍi ; qu'au cas où l'un de ces magistrats venait à retenir un procès de la compétence des ḥaǧib, il en était empêché par la toute-puissance de ces fonctionnaires, qui allaient même jusqu'à évoquer d'office à leur tribunal les procès qui étaient déjà pendants devant le tribunal des ḳaḍi. Mais il ne paraît pas, quand même, qu'il y ait lieu de retenir, comme principe général, ce caractère exclusif. Le fait que des justiciables continuaient à s'adresser aux ḳaḍi et n'étaient distraits de leur juridiction que par l'effet de la toute-puissance des ḥaǧib et non en vertu d'une règle de droit est à cet égard significicatif. Quant à l'interdiction prononcée par le sultan Ibn Ḳalāwūn, elle ne se référait pas à toutes les matières constituant la compétence des ḳāḍi ; et rien ne prouve qu'elle ait été maintenue, en fait, d'une façon constante.

Quant aux personnes justiciables de la juridiction du ḥaǧib, nous nous trouvons en présence de deux textes contradictoires. D'après Ibn Ḫaldūn, le ḥaǧib n'avait pouvoir de juridiction que sur « les gens du peuple et de la classe moyenne et les soldats (للحجّاب فقط الحكم في طبقات العامة والجند)[3] ». Seraient exclus par conséquent tous les justiciables civils de haut rang. Mais nous avons vu que, d'après Maḳrīzi, le ḥaǧib avait acquis pouvoir de juridiction à l'égard de tou-

(1) Makrīzi, III, 356. (2) Makrīzi, III, 357. (3) Ibn Ḫaldūn, 240.

tes personnes, les humbles et les puissants (وصار الحاجب اليوم يحكم في كل جليل وحقير من الناس)[1].

Cette intervention des ḥağib dans l'exercice de la justice a donné lieu à de grands abus. L'accès au prétoire de ces magistrats n'était possible que contre argent et il donnait lieu à un trafic effréné. Il resssort d'un texte de Maḳrīzi que les ḥağib « affermaient » le droit d'accès, contre paiement de sommes forfaitaires. Les justiciables se trouvaient ainsi exposés à des extorsions de fonds, voire même, au besoin, à des sévices et voies de fait. La moralité des ḥağib tombe à un très bas degré. On parle de رذالة الحاجب وسفالته, de mœurs qui ne sont même pas comparables à celle de la lie de la population.

Quant aux ḥağib, dans les provinces, il ne semble pas qu'ils aient eu une compétence judiciaire analogue à celle des fonctionnaires du même nom du Caire. Les seules attributions qui sont reconnues aux ḥağib de Damas, Alep, Tripoli et Ḥama constituent plutôt des attributions politiques. Ils sont les vicaires du nā'ib ou vice-roi de chacune de ces provinces. Ce sont eux qui exercent l'intérim du gouvernement en cas d'absence du vice-roi ou de vacance du siège par décès ou révocation. Si un ordre d'arrestation est lancé ou si toute autre mesure disciplinaire ou répressive est prononcée par le pouvoir central contre le vice-roi, c'est le ḥağib qui est chargé de son exécution.

Tout au plus peut-on mentionner dans l'ordre général des attributions judiciaires, — qu'il s'agisse des ḥağib de province ou de celui de la métropole — celle de siéger au conseil des maẓalim que tient le vice-roi.

---

(1) Makrizi, III, 357.

## Section III. — Al-mawarit al-hasryya

## المواريث الحشرية

### §. Ier — Notions générales

Cette institution, qui tire son nom de la nature des biens pour la garde desquels elle a été créée — les successions ( sous-entendu : vacantes ) — procède de l'application de deux principes relatifs au régime de la dévolution successorale en droit musulman. D'après l'un d'eux, qui n'est, d'ailleurs, pas particulier au droit musulman, il a toujours été admis que les biens d'un *de cujus* qui décède sans laisser d'héritier sont considérés comme des biens sans maître et reviennent au trésor public de l'Etat. La doctrine fait seulement une réserve, de très faible portée, concernant le cas des successions de minime valeur qui peuvent être appropriées comme des *res derelictæ* ( *luḳṭa* ) par celui qui les appréhende[1]. Mais la consistance plus ou moins grande des masses de biens que recueille ainsi l'Etat et, par conséquent, la nécessité d'affecter à leur gestion une administration distincte, dépend de la règle qui sera adoptée au sujet des degrés de successibilité. Or, sur ce point, la loi et la pratique islamiques ont subi de grandes variations. En doctrine, d'après l'opinion qu'enseignent les maḏhab šafi'ite et malékite, la vocation héréditaire s'arrête à la catégorie des *'aṣabat* ( parents par les mâles ); de telle sorte que si un individu décède sans laisser un héritier « réservataire صاحب فرض », c'est-à-dire un de ces successibles qui ont droit à une part déterminé par un texte de loi, ni un héritier *'aṣaba*, tous ses autres parents, les ذوو الارحام ( *ḏawū al-arḥām* ) comme les oncles et les tantes maternels, ne sont pas appelés à la succession ; et dans ce cas l'héritage, se trouvant sans ayant droit, revient à l'Etat. D'après une opinion contraire, qui est celle des maḏhab ḥanafite et ḥanbalite, les *ḏawu al-arḥām* ont vocation héréditaire, à défaut de succes-

(1) Ibn Nuǧaym, V, 158.

cessibles des deux autres catégories. D'autre part, le statut successoral des non-musulmans *ḏimmi*, ressortissants des pays d'Islam, n'a pas été traité d'une façon uniforme. D'après une opinion, si un non-musulman ḏimmi ne laisse pas d'héritier, suivant sa loi successorale personnelle, son héritage revient à l'Etat lui-même et non à sa communauté[1].

On conçoit, par conséquent, que dans les pays et aux époques où la vocation héréditaire de l'Etat primait celle de certains parents, et — quant aux ḏimmi — des communautés non-musulmanes, les successions en deshérence devaient constituer des masses importantes de biens ; d'où la nécessité pour les pouvoirs publics d'aviser à la création d'un office spécial pour la recherche et la gestion des biens qui leur étaient ainsi dévolus.

Sans doute, cette institution n'a pas un caractère spécifiquement judiciaire et l'on pourrait s'étonner de la voir intégrée dans un ouvrage consacré à l'organisation judiciaire. Mais, à part l'intérêt que l'étude d'un tel sujet présente en soi et dont on ne trouve encore aucun exposé dans la science orientalistique, l'institution s'apparente étroitement à la magistrature. Elle est en effet issue de la magistrature même. Nous avons déjà vu qu'en principe, l'administration des biens sans maître — dont, les successions en déshérence et abstraction faite du point de savoir si elles doivent revenir en définitive à l'Etat — rentrait dans les attributions des magistrats de l'ordre judiciaire, les ḳāḍi[2]. D'autre part, ce sont les ḳaḍi qui, en principe, sont compétents pour le règlement des successions et la détermination des successibles et de leurs parts héréditaires, et, par voie de conséquence, c'est à eux qu'il appartient de retenir ou de rejeter la prétention de l'Etat à un héritage.

Or, il semble résulter d'un texte de Ṣābi' que cette double compétence des magistrats ordinaires ait été attribuée à l'office des mawārīṯ lorsqu'il fut institué. Ce texte, en effet, après avoir rapporté la controverse sur la légitimité d'une telle institution et de sa compétence à rechercher et à se saisir des successions vacantes, ajoute que le calife Muḳtadir décida, en l'an 311 h., que « la compétence en matière de successions fût restituée aux magistrats comme cela était la coutume avant le califat de Mu'tamid ويرد النظر في اعمال المواريث الى الحكام على ما لم يزل يجري عليه العمل قبل ايام المعتمد[3] ».

(1) V. des traces de cette controverse dans la pratique *in* Ṣābi', 246 et ss.
(2) V. *supra*, 368. (3) Ṣābi', 246 et ss.

En Espagne, où l'institution des mawārīṯ avait pris une grande extension, elle est placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire. Ainsi, le ṣāḥib al-mawārīṯ ne peut faire aucun acte d'aliénation sans l'autorisation du juge[1].

Il existe une étroite connexité entre les fonctions d'agent des mawārīṯ et la magistrature. On passe naturellement d'un poste de mawārīṯ à un poste de juge[2] ; ou bien même, encore, le magistrat cumule parfois, avec sa fonction, celle d'agent des mawārīṯ[3].

## §. 2. — Origines et développement de l'institution

Les premières traces que l'on relève de l'existence d'un office des successions vacantes coïncident exactement avec une période où la doctrine de la restriction des degrés de successibilité avait prévalu, sous le règne du calife abbasside Mu'tamid ( 256/870 - 279/892 ). « Il n'y avait rien de tout cela, dit un chroniqueur, au cours du règne des anciens califes jusqu'à la fin de la première partie du règne de Mu'tamid[4] ». Avant cette époque, les biens sans maître étaient confiés aux magistrats ordinaires. Aussi bien Abū-Yūsof se plaignait des abus que ceux-ci commettaient dans la gestion de ces biens, et il recommandait au calife de prendre lui-même en main leur administration[5]. L'essai fait par Mu'tamid ne fut pas très heureux. L'office fut aboli par Mu'taḍid en 283/896 d'autant qu'il avait rejeté la doctrine de la limitation de la vocation héréditaire[6]. La question cependant fut reprise sous le califat de Muḳtadir ( 295/908 - 320/932 ). Un ministre de ce souverain, Ḥāmid ibn Al-'Abbās, ordonna que « fussent recherchées toutes les successious ( vacantes ) et institua à cet effet des agents assimilés aux agents du fisc ». Cette nouvelle réforme peut être localisée entre les années 307/919 - 311/523[7].

(1) Ibn 'Abdūn, *Journal asiatique*, 1924, 219. — Dans l'Espagne musulmane, les attributions de l'office des mawārīṯ semblent être beaucoup plus larges qu'en Orient. Elles comprennent même la garde des biens du domaine public ( Lévi-Provençal, *l'Espagne musulmane*, 87 ). Ainsi, il résulte d'un texte de Ibn 'Abdūn que les terrains compris dans l'enceinte du fort d'une ville sont placés sous la garde du ṣāḥib al-mawārīṯ ( Ibn 'Abdūn, *Journal asiatique*, 1924, 219 ). (2) Ibn 'Idari, II, 268. (3) Bel et Chéneb, 89 ; Ḳalḳ., X, 466. (4) Ṣābi', 248. (5) Abū-Yūsof, *Kitāb al-ḫarāǧ*, 218. (6) Ṭabari, éd. 1939, VIII, 174. Pour une autre intervention dans le même sens, cf. *Ṣilat al-Ṭabari*, 28. (7) Abū Al-Maḥāsin, III, 307.

Une nouvelle réaction s'étant presque immédiatement produite, et le nouveau ministre du même calife Muḳtadi, Ibn Al-Furāt, étant partisan de la doctrine de l'élargissement de la vocation héréditaire, un rescrit califien, de 311/923, supprima les offices des mawarīt et ordonna la remise des successions aux héritiers de quelque degré qu'ils fussent. C'est que, en dehors du changement de doctrine chez l'autorité supérieure, des abus considérables s'étaient produits dans la gestion de ces offices. Comme le relève le rescrit de Muḳtadir, des ayants droit à des successions étaient souvent injustement poursuivis et dépouillés par les agents des mawārīṯ[1]. Par la même occasion, était aboli le droit du fisc de s'approprier les successions des non-musulmans ( ḏimmi ) qui décédaient sans héritier, ces successions devant revenir à la communauté à laquelle ils ressortissaient[1].

Les attributions des agents des mawārīṯ furent rendues aux magistrats ordinaires, « comme cela se passait avant le califat de Mu'tamid ».

Mais alors qu'ainsi, dans l'empire abbasside, se produisaient ces fluctuations qui prouvaient que la nouvelle institution n'y avait pas encore trouvé un milieu favorable à son développement, dans les pays de l'Occident musulman elle prenait solidement racine, parce que, précisément, dans ces pays la doctrine malékite s'était définitivement implantée. Dès le début du IVe s. h., au Maġreb et en Espagne, fonctionnait déjà normalement un office des mawārīṯ, qui est une fonction publique ( *ḫiṭṭat al-mawārīṯ* ou *wilāyat al-mawārīṯ* ) ; son titulaire s'appelle *ṣāḥib al-mawārīt* ou *nāẓir al-mawārīṯ*[2]. De nombreux textes révèlent le fonctionnement continu de l'institution, spécialement en Espagne[3].

Sous les Fatimites, l'institution est en décadence, du fait, comme le dit Maḳrīzi, que, d'après la doctrine suivie par cette dynastie, la vocation héréditaire est très élargie ; que les *ḏawu al-arḥām* sont considérés comme successibles ; que la fille, même si elle est seule héritière, absorbe toute la succession[4].

(1) Ṣābi', 246 et ss. (2) Ibn 'Abdūn, *Journal asiatique*, 1934, 206 ; Lévi-Provençal, *l'Espagne musulmane*, 87. (3) Ibn 'Iḏari, II, 174, 177, 207, 225, 268 ; Ibn Baškuwāl, 91 ; Bel et Chéneb, 89. Parfois, la fonction des mawārīṯ prend un caractère particulier en ce qu'elle est restreinte à une catégorie spéciale de sujets. Ainsi, on nomme un préposé aux successions vacantes des membres de la famille royale des Umayyades ( Ibn Abbār, *Takmila*, I, 43 ). (4) Quatremère, *Maml.*, I, 1re partie, 132 ; Nuwayri, IX, 66, no 3. Dans la proclamation que Ǧawhar, général du fatimite

C'est à partir de l'époque ayyubite et, spécialement, à l'époque mamluk, que l'institution des mawārīṯ, en Orient, prend une extension considérable. Les parents ḏawū al-arḥām, sont, en effet, de nouveau, exclus du rang des successibles. D'autre part, les successions des non-musulmans décédés sans héritier sont dévolues au trésor public.

L'office porte dorénavant le nom de *al-mawārīṯ al-ḥašryya* (المواريث الحشرية), plus rarement, *al-turak al-ḥašryya* (التراك الحشرية)[1]; on parle aussi de *bureau des mawārīṯ al-ḥašryya* (ديوان المواريث الحشرية); en une autre forme : *dīwān al-ḥašr* (ديوان الحشر)[2].

Ḳalḳašandi définit les *mawārīṯ ḥašryya* : « Les biens de toute « personne qui décède sans successible par droit de parenté, de « mariage ou de patronat et les biens qui restent, après l'attribution « aux héritiers réservataires de leurs parts fixes, alors que ne se « trouve pas un héritier réservataire ou un *'āṣib* qui absorbe toute la « succession[3] ». Le titulaire de cet office a pour fonction de « recueillir, au profit du trésor public, tous les biens en déshérence et d'exercer la gestion de ces biens, qu'ils soient meubles ou immeubles[4] ». Mais, en même temps et par une extension toute naturelle,

Mu'izz, adresse aux habitants d'Egypte, lors de l'entrée de ses troupes dans ce pays en 358 h., il leur annonce que « dorénavant aucun héritage ne sera plus attribué au trésor « public, sauf dans les cas de testaments faits à son profit » ('Annān, *Al-Ḥākim* 28). Ceci laisse supposer que l'institution des mawārīṯ subsistait en Egypte, tout au moins jusqu'au milieu du IVe s, h.

(1) Le terme *ḥašryya* dérive du verbe *ḥašara* حشَرَ, qui veut dire : rassembler, grouper. Il correspond donc bien à la fonction qui a pour objet de recueillir les biens en déshérence (cf. Dozy, *Supplément*, v. حشر).

En conséquence, la personne qui meurt sans héritier sera qualifiée de *ḥašri* (حشري); on dit ان كان حشرياً ولا وارث له — عاش غنياً ومات حشرياً (cf. Quatremère, *Mamluks*, I, 1, 132).

C'est dans ce sens qu'un des fonctionnaires de l'office des *ǧawāli* (جوالي), institué pour la perception et l'administration de l'impôt de capitation (جزية) auquel sont soumis les non-musulmans, fonctionnaire qui a pour attribution de faire le recensement de ces tributaires, s'appelle *ḥāšir* (حاشر). Il y a un *ḥāšir* pour les chrétiens et un autre pour les juifs (Ḳalḳ., III, 462). (2) Quatremère, *eod. loc.* (3) Ḳalḳ., III, 464. (4) Quatremère, *eod. loc.*

ce fonctionnaire devient comme une sorte de fonctionnaire d'état-civil chargé de tenir registre des décès, d'assurer le service des enterrements[1].

Dans la hiérarchie de l'Etat mamluk, la fonction des mawarīṯ ḥašryya figure au quinzième rang des fonctions administratives[2]. Elle est placée sous l'autorité du ministre (wazīr) et c'est ce ministre qui possède le droit de décision en cas de contestation sur l'attribution des biens d'une hérédité et de conflits avec des prétendants droit. Des textes disent que souvent les ministres commettaient des injustices et des abus dans l'exercice de ce pouvoir[3].

L'organisation de l'office est différente au Caire et en province. Dans la capitale, l'office constitue une admnistration importante ayant à sa tête un chef ( *nāẓir* ) nommée par rescrit du sultan ; il est assisté de plusieurs catégories de collaborateurs. En dehors de la capitale, la fonction consiste simplement ( à moins qu'il ne s'agisse d'immeubles ) à recueillir les biens en déshérence et à les diriger sur la capitale : cette fonction est assurée par des employés subalternes[4].

---

## Section IV. — Wilayat al-nikaba ʿala dawi al-ansab

## ولاية النقابة على ذوي الانساب

### §. Ier — Notions générales

Dans son traité, *Al-ahkām al-sulṭānyya*, Māwardi mentionne, parmi les principales fonctions publiques de l'Etat musulman, une fonction, appelée *wilāyat al-niḳāba ʿala ḏawi al-ansāb*[5]. Littéralement, l'expression *ḏawu al-ansāb* désigne les personnes qui se ratta-

(1) Ḳalḳ., III, 466, IV, 33 ; Quatremère, I, 1re partie, 133. (2) Ḳalḳ., IV, 33.
(3) Quatremère, 1re prrtie, 132. (4) Ḳalḳ., III, 466. (5) Māwardi, 92.

chent à une ascendance noble ; le terme *niḳāba*, qui dérive du verbe *naḳaba* ( rechercher, vérifier ), désigne l'action de celui qui recherche et vérifie une chose. Juridiquement, la wilāyat al-niḳāba 'ala ḏawi al-ansāb a pour objet de « soustraire les personnes d'ascen- « dance noble à l'autorité de ceux qui ne sont pas leurs égaux quant « à l'ascendance et à la noblesse, de les protéger et d'exercer l'autorité sur elles ». (هذه النقابة موضوعة على صيانة ذوي الانساب الشريفة عن ولاية من لا يكافئهم في النسب ولا يساويهم في الشرف ليكون عليهم احبى وامره فيهم امضى). Le titulaire de la charge s'appelle *naḳīb*, que des orientalistes allemands traduisent par « maréchal de la noblesse » ( *adelsmarschal* ).

Mais l'on doit observer que l'autonomie du groupement ne va pas jusqu'à sa libération de l'autorité supérieur du chef de l'Etat ; qu'au contraire, un lien d'allégeance formel le rattache au souverain puisque l'autorité du chef du groupement procède d'un acte d'investiture émané du calife ou de ses représentants immédiats tels que le ministre ou le gouverneur de province. L'Islam ne répugne pas à la constitution de communautés jouissant d'une certaine autonomie à l'intérieur de l'Etat ; et l'on peut citer à cet égard, mais sur un autre plan, le cas des communautés des non-musulmans, ceux tout au moins dont l'existence est tolérée, tels que chrétiens et juifs, qui ne jouissent, certes, pas d'une autonomie politique quelconque, mais qui constituent des groupements distincts, vivant en marge de la vie publique de l'Etat musulman et jouissant d'une certaine autonomie législative et judiciaire.

L'institution de la niḳābat al-ansab procède, à notre sens, de l'extrême importance que l'on accordait, en Islam, aux origines purement arabes d'une personne, en connexion, surtout, avec le lien de parenté qu'elle pouvait avoir avec la famille du Prophète et la vénération dont jouissait cette famille, ( *ahl al-bayt* اهل البيت ). On devait, sans doute, considérer comme une humiliation, pour des personnes pouvant se prévaloir de telles origines, appartenant à un tel milieu familial, d'être soumises à une autorité qui ne leur fût pas propre, issue d'elles-mêmes.

Les deux familles des Abbassides et des Alides (ṭālibites) notamment constituaient, à cet égard, les groupements les plus importants, les premiers se réclamant de leur ancêtre commun 'Abbās, oncle paternel de Muḥammad, les seconds se réclamant de leur ancêtre

commun 'Ali, gendre de Muḥammad[1]. Ce sont des « nobles », les aristocrates de l'Islam ; on qualifie, les Alides, de *ašrāf 'alawyyūn* ( الاشراف العلويون )[2]. Ils bénéficient de certains privilèges matériels : ils reçoivent, hommes, femmes, enfants, une pension mensuelle du trésor public. Avant le califat de Mu'taḍid, cette pension était de un dinar pour chaque individu des Abbassides et des Alides ; ce calife l'abaissa à un quart de dinar. Et l'on comptait, dans la capitale, quatre mille individus appartenant aux deux familles abbasside et alide[3].

On peut distinguer deux phases dans la constitution de l'organisme de la niḳābat al-ansāb ; la première est contemporaine de l'époque abbasside, la deuxième s'ouvre avec l'époque fatimite[4].

Sous les Abbassides, l'institution porte le nom de *wilāyat al-niḳāba 'ala ḏawi al-ansāb*, comme l'appelle Māwardi, ou, d'une façon plus abrégée, *al-niḳāba 'ala ḏāwi al-ansāb*. Au cours de cette époque, il existe plusieurs organismes différents, particuliers aux diverses familles d'origine noble. Ce sont, principalement, les niḳāba des Abbassides et des Alides ; mais d'autres familles encore, prétendues également d'origine noble, ont chacune leur niḳāba[5]. C'est pourquoi, l'appellation est générale ; elle s'applique à toutes les familles qui peuvent se prévaloir d'une origine « aristocratique ».

(1) Abu Al-Maḥāsin, II, 283. (2) Cf. sur l'aristocratie en Islam, *E. I.* V° *Sharīf.* ; Mez, *Die Renaissance des Islams*, 145 et ss. ; Kremer, *Culturgeschichte des Orients unter den Chalifen*, 449 et ss. ; Aḥmad Amīn, *Ḍuḥa al-Islām*, III, 286 et ss.

A côté de la noblesse proprement dite, la doctrine juridique, — tout au moins, celle de la basse-époque, — reconnaît une sorte de noblesse de robe : les fukaha, les 'ulama, juristes, interprètes de la loi, sont des *ašrāf* ; et on les met sur le même pied que les Alides. Ainsi, on admet, pour la détermination des peines arbitraires, que cette qualité de *šarīf*, du juriste doit être prise en considération, s'il est auteur ou victime d'un délit ( cf. Marġīnāni, II, 39 ; Ibn Nuǧaym, V, 41 ; Dāmād eff. I, 609 ). (3) Ṣābi', 11.
(4) Van Arendouk pense ( *E. I.*, v° *Sharīf* ) que Kremer se trompe en faisant remonter l'institution aux Umayyades ; Arendouk aurait pu encore faire valoir en faveur de son opinion que le texte de Ibn Ḫaldūn, sur lequel se base Kremer, est altéré (*Tārīḫ*, III, 134). Dans ce texte, Šurayḥ est indiqué comme étant على النقباء, à Kufa ; il faudrait lire : على القضاء. Cette lecture est conforme à la tradition et aux annales d'histoire qui représentent Šurayḥ comme ḳāḍi de Kūfa.

Mais, en revanche, c'est une erreur de croire, comme semble le faire Van Arendouk, que l'institution n'a existé que sous les Abbassides : on verra, dans la suite du texte, le développement de la niḳāba au cours des périodes fatimite et mamluk.
(5) Ḳalḳ., III, 277. — Certains orientalistes pensent, au contraire, que les nikaba étaient restreintes aux Abbassides et Alides ( cf. *E. I.* v° *Sharīf* ).

Parfois, deux familles fusionnent ensemble et n'ont plus qu'une seule niḳāba. Ainsi, au début du IVe s. h., on cite le cas de Ibn Ṭūmār « naḳīb des bani-Hāšim abbassides et talibites ( alides )[1].

La charge de naḳīb se transmet par ordre de succession. Après la mort de Ibn Ṭūmār, le calife ayant désigé pour lui succéder un personnage autre que son fils, tous les membres de la famille élevèrent de vives protestations et le calife dut faire droit à leur réclamation[2].

Dans le classement des fonctions publiques, la niḳābat al-ansāb figure dans la catégorie des fonctions « d'hommes d'épée ارباب السيف » ; entendons par là les fonctions politico-militaires, opposées aux fonctions administratives proprement dites et aux fonctions religieuses[3]. Le titulaire principal de la charge réside dans la capitale[4]; mais il peut y avoir des nakīb dans toute autre ville où se trouvent des membres de familles nobles.

Sous les Fatimites, l'institution se restreindra à la famille des Alides. Il n'y a plus de nikāba pour les autres familles d'origine noble, notamment, les Abbassides. La seule nikāba reconnue porte une nouvelle appellation officielle : nikāba des Ṭalibites ( *niḳābat al-ṭālibyyn* نقابة الطالبيين ), appellation qui se réfère au nom du père de 'Ali, Abū-Ṭālib[5]. Mais on continue à rencontrer l'expression nikābat des Alides[6].

Doit-on voir là une revanche de la faction des partisans de 'Ali, auxquels était dévouée la nouvelle dynastie ši'ite des Fatimites, qui prétendaient même être de la descendance de 'Ali et Fātima ? C'est plus que probable. Mais on doit observer, par ailleurs, que l'organisation de la famille des Abbassides avait perdu depuis longtemps sa raison d'être du fait que les destinées de cette famille se confondaient avec celles de la dynastie régnante et qu'ainsi elle n'avait pas besoin d'une protection particulière, ne pouvant pas en avoir une meilleure que celle que lui assurait la dynastie elle-même ; tandis

(1) *Ṣilat al-Ṭabari*, éd. de Gæje, 47. (2) *Ibid.* (3) Ḳalḳ., III, 277. (4) Cf. le cas de Ibn Ṭūmār précité, et celui de Ibn Mūsa Al-'Alawi, nommé en l'année 380/990, naḳīb des Alides, charge qu'il cumula avec celle des maẓālim et de la conduite du pèlerinage ( Abū Al-Maḥāsin, IV, 157 ). (5) Ḳalḳ., III, 485. (6) Ḳalḳ., X, 308.

que les Alides, écartés du pouvoir, souvent persécutés par lui, sentait le besoin de maintenir entre eux une cohésion étroite et de s'attacher à leur organisation propre. Lorsque les circonstances politiques deviendront favorables, les Alides en profiteront pour assurer mieux encore la survivance de l'institution, mais à leur profit exclusif.

A l'époque mamluk, le nom des Alides ou Ṭalibites disparaît de l'appellation pour faire place à celui des *ašrāf* ( nobles ), l'épithète que l'on accolait ordinairement au nom de famille des Alides. La nikāba devient la *nāḳībat al-ašrāf*[1]. Dorénavant, les Ašrāf désignent exclusivement les descendants de ʿAli[2].

La fonction est, à partir de cette époque, « par la force de la « coutume », et contrairement à la tradition des périodes fatimite et abbasside, classée dans la catégorie des fonctions religieuses[3].

De même que dans la capitale, au Caire, il existe, dans d'autres grands centres, comme à Damas, et à Alep, une nikābat al-ašrāf[4].

Cette institution survivra à l'époque mamluk et on la retrouve sous le même nom, au cours de l'époque ottomane[5].

## §. 2. — Attributions de la nikaba

La qualité de chef ou naḳīb des nobles comporte des attributions diverses, parmi lesquelles on relève des attributions d'ordre juridictionnel.

Suivant l'étendue des attributions qui s'attache à la charge, Mā-

(1) On trouve aussi la forme : *niḳābat al-sādat al-ašraf* ( نقابة السادة الاشراف ) ( niḳāba des nobles seigneurs ) ( ʿUmari, 130 ). (2) A l'époque fatimite, ce même terme de ašrāf servait ā désigner spécialement les parents du calife. Ils constituaient un groupement distinct et ils étaient soumis à l'autorité d'un chef dont la fonction s'appelait زم الاقارب ( Ḳalḳ., III, 485 ). (3) Ḳalḳ., IV, 37. — C'est pour cette époque que l'on peut suivre Kremer lorsque, sans distinction, il range la fonction dans la classe des fonctions religieuses ( Von Kremer, *op. cit*,, 448 ). (4) Ḳalḳ., IV, 193, 221. (5) Cf. *E. I*, V° *Alides*.

wardi distingue deux sortes de niḳāba : la niḳāba générale (النقابة العامة) et la niḳāba spéciale (النقابة الخاصة). La différence qui les distingue l'une de l'autre consiste, comme le note encore Māwardi, en ce que la niḳāba générale, seule, comporte une compétence juridictionnelle. Mais nous allons voir que la niḳāba spéciale comporte aussi quelques pouvoirs de ce genre.

*La niḳāba spéciale* — Māwardi énumère douze chefs d'attributions qui peuvent, en réalité, se ramener à quatre.

La première attribution du naḳīb et la plus importante, puisqu'elle a pour objet le maintien de la constitution et de la cohésion du groupement dont il est le chef, consiste, d'une façon générale, à veiller à la sauvegarde de la généalogie de la communauté. Par conséquent, le naḳīb doit veiller, d'une part, à écarter tout individu qui chercherait illégitimement à s'intégrer au groupement, d'autre part, à y ramener tout individu lui appartenant mais qui n'y aurait pas été recensé. De même, il doit fixer le degré de parenté de chacun des membres de la communauté et son arbre généalogique. Enfin, il doit tenir registre des naissances et décès. De ces trois prérogatives du naḳīb, il y a lieu de rapprocher celle qui lui fait une obligation d'interdire aux femmes ressortissantes du groupement de contracter des mariages par mésalliance[1].

Dans la première moitié du IVe s. h., un individu s'étant présenté devant le calife et se prétendant être de la descendance de ʿAli, est renvoyé devant le naḳīb des Alides, à cette époque, Ibn Ṭūmār, lequel procède à un examen de sa généalogie[2].

La deuxième attribution consiste dans l'exercice d'un pouvoir disciplinaire en vue de sauvegarder la bonne réputation du groupement et de le maintenir à un degré élevé de moralité, digne des origines de la famille. Le naḳīb veille à l'observation des bonnes mœurs; il interdit aux membres de la communauté les opérations de commerce de caractère peu honorable ; et, à plus forte raison, tous ac-

(1) On retrouve sur ce point cette conception islamique suivant laquelle la mésalliance est exclusivement envisagée du point de vue de la femme. On ne considère pas comme une mésaillance l'union d'un homme de la noblesse avec une femme d'une classe inférieure. C'est ainsi que les califes eux-mêmes ont pu toujours avoir pour épouses des femmes d'origine servile. Le monde musulman ne connaît pas les mariages morganatiques.

(2) ʿArīb, éd. de Gæje, 50 ; pour un autre cas analogue, *op. cit.*, 67.

tes contraires à la religion. Il leur défend d'outrepasser les limites de leurs droits en empiétant sur ceux d'autrui.

Un troisième ordre d'attributions a trait à certains droits que le naḳīb exerce pour ou contre les membres de son groupement. Ainsi, il doit prêter main-forte à ses ressortissants pour faire prévaloir leurs prétentions légitimes et obtenir justice, tout comme il doit user de son autorité sur eux pour les contraindre à l'exécution de leurs obligations envers leurs débiteurs. Le naḳīb est le représentant légal des membres de la famille pour la réclamation et la perception des sommes qui leur sont allouées par le prince sur le butin[1]. C'est en cette même qualité de représentant légal que le naḳīb exerce l'administration et la gestion des biens de mainmorte ( waḳf ) dont les membres de son groupement sont les bénéficiaires.

La quatrième attribution consiste dans un pouvoir de répression reconu au naḳīb sur ses ressortissants ; et elle présente de ce fait un caractère judiciaire. Le nakīb a le droit et l'obligation d'infliger des châtiments à tout membre du groupe coupable d'un acte répréhensible. Pour la détermination des actes répréhensibles, la doctrine n'indique aucun critérium et ne fournit pas d'indications précises. Il semble donc que le nakīb jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Quant à la mesure répressive, la doctrine indique toutefois qu'elle doit être toujours inférieure aux peines légales dites *ḥudūd*, et ne peut consister en un châtiment corporel entraînant effusion de sang.

*La niḳāba générale.* — Elle comporte, en plus des attributions qui viennent d'être énumérées, une compétence d'ordre essentiellement judiciaire. Cette compétence s'exerce aussi bien en matière contentieuse qu'en matière gracieuse. Mais ce droit de juridiction ne s'exerce que lorsque les deux parties appartiennent au groupement. Le nakīb est juge de tous les litiges entre ses ressortissants. En matière répressive, le nakīb applique. le cas échéant, les peines légales. D'autre part, c'est le nakīb qui pourvoit au mariage des femmes célibataires du groupement, en cas de défaut ou de carence de parents attirés ; et c'est lui qui prononce l'interdiction des aliénés et des prodigues.

Quant aux conflits de juridiction qui peuvent se produire entre

(1) Cf. Ṣābi, 11.

le nakīb et le magistrat ordinaire ou kaḍi, Māwardi distingue trois hypothèses différentes :

*Première hypothèse* — L'acte de nomination du nakīb renferme une clause expresse écartant la compétence du magistrat ordinaire. Dans ce cas, le magistrat se trouve absolument incompétent pour connaître des litiges entre les ressortissants du groupe ; même un accord entre les parties ne pourrait écarter l'application de cette règle.

*Deuxième hypothèse* — L'acte de nomination ne renferme pas une clause de ce genre. Le nakīb et le kāḍi se trouvent alors également compétents. Il y a controverse seulement pour le cas où l'un des deux plaideurs refuserait de se faire juger par le magistrat que l'autre plaideur a choisi : est-ce le choix du demandeur ou celui du défendeur qui est déterminant ? ou bien faut-il accorder en tout cas la préférence au nakīb, étant donné son caractère de juridiction spéciale ?

*Troisième hypothèse* — C'est celle de conflits entre membres de groupements différents tels que le cas d'un procès entre un Abbasside et un Alide. En principe, rien n'oblige un plaideur à se soumettre à la juridiction du nakīb de son adversaire. En cas de désaccord, Māwardi propose deux solutions : ou bien, les parties devront se soumettre au jugement du magistrat ordinaire, si sa compétence n'est pas exclue formellement ; et, dans le cas où elle est exclue, au jugement du souverain ou du juge qu'il délèguerait ; ou bien, le procès sera soumis aux nakīb des deux plaideurs siégeant en collège, le droit étant réservé au nakīb du défendeur de prononcer la sentence.

Telles sont, en théorie, les attributions de l'organisme de la nikābat ʿala ḏawi al-ansāb. Ces principes correspondaient-ils à la pratique ?

En ce qui concerne, d'une façon générale, les attributions qui ont pour objet la sauvegarde de l'intégrité et de la pureté du groupement, il paraît certain que la nikāba a comporté l'exercice de pouvoirs réels : les exemples relatifs à l'époque abbasside que nous avons cités plus haut en sont la preuve. Au surplus, le diplôme de nomination du nakīb des Alides, Abū Al-Ḥasan Al-ʿAlawi, délivré

par le calife Al-Ṭā'i', en 340 h., mentionne diverses attributions de ce genre correspondant à celles que l'on trouve chez Māwardi[1].

Quant à la compétence judiciaire, la réponse est beaucoup moins aisée. Les divers textes de Ḳalkašandi qui indiquent l'objet de la fonction aux diverses périodes de l'histoire sont vagues sur ce point. L'auteur se contente de dire que le nakīb « connaît des affaires des Alides, châtie ceux parmi eux qui se rendent coupables d'une agression ou d'une violation de droit[2] ». Cependant, le diplôme de nomination précité de 'Alawi fournit, tout au moins, pour la période abbasside, des indications précises. Il y est accordé expressément compétence à ce nakīb des Alides, de veiller à la tutelle des mineurs ; — de procéder au mariage des femmes qui ne sont pas en puissance de mari ; — de châtier tout individu qui chercherait illégitimement à se faire passer comme membre du groupement qui commettrait des actes indignes de son rang ; — d'appliquer les peines légales ( ḥudūd ) ; — de contraindre ses ressortissants à exécuter leur obligations envers les tiers. Mais il n'est pas fait mention d'un pouvoir juridictionnel en matière civile ordinaire. Les attributions indiquées dans le modèle de diplôme de nomination que rapporte 'Umari sont encore plus restreintes ; il n'y est fait mention expressément que du pouvoir du nakīb de veiller à la sauvegarde de la généalogie et de maintenir la cohésion du groupement[3].

Rien donc ne permet d'affirmer que, — tout au moins, à partir de l'époque fatimite, le nakīb al-ašrāf ait conservé parmi ses attributions, une compétence judiciaire civile, la compétence répressive restant maintenue, suivant les textes précités de Ḳalkašandi. Ce qui laisse présumer encore cette compétence en matière répressive, à l'époque mamluk et fatimite, c'est qu'elle se retrouve même à l'époque ottomane, Ainsi, dans un diplôme de nomination d'un nakīb al-ašrāf dans la ville de Jaffa, daté de l'année 1248/1832, il est donné pouvoir à ce fonctionnaire de punir, par correction ou d'emprisonnement, les ressortissants de la nikaba qui se rendraient coupables d'actes répréhensibles[4].

---

(1) Ḳalḳ., X, 247. (2) Ḳalḳ., III, 485. (3) 'Umari, 139 et ss.
(4) Rustum, *Documents*, II, 9.

## Section V. — Diverses autres juridictions spéciales

Dans l'exposé de la théorie générale de la compétence judiciaire, la doctrine admet que quelques-unes des attributions du juge ordinaire ou kāḍi peuvent être distraites de sa compétence et confiées à un magistrat spécialement institué à cet effet. Ainsi, Māwardi déclare qu'un kāḍi spécial peut être désigné pour connaître des litiges ayant pour objet les contestations entre créanciers et débiteurs ou des procès matrimoniaux, ou des litiges dont la valeur ne dépasse pas un montant déterminé[1]. Le prince, déclare Ḫaraši, de l'école malékite, peut instituer deux ou plusieurs magistrats, compétents chacun pour une catégorie déterminée de procès, comme « le kaḍi des affaires matrimoniales, le kāḍi de la šurṭa, le kāḍi des eaux, etc.[2] ». Ibn Farḥūn admet que des magistrats peuvent être spécialement institués pour les affaires matrimoniales, ou la gestion des intérêts des mineurs n'ayant pas de tuteurs naturels etc..., et cet auteur spécifie que la compétence de ces magistrats s'interprète restrictivement étant donné, sans doute, son caractère spécial[3]. On trouve encore dans d'autres auteurs des textes dans le même sens.

Il ne s'agit pas ici, bien entendu, des vicaires que le kaḍi d'un ressort délègue pour l'exercice de la totalité ou d'une partie de sa juridiction. Dans l'examen de cette question à propos de la condition juridique du kāḍi, nous avons vu que ce magistrat peut faire de telles délégations ; qu'ainsi le kāḍi d'un ressort important institue des vicaires spécialement affectés aux procès concernant les wakf ou aux procès intéressant les biens des mineurs, etc...[2]. Il s'agit pour le

(1) Māwardi, 70. (2) Ḫaraši, VII, 169. — Relevons, pour ne plus avoir à y revenir, cette fonction de « kāḍi des eaux » ( قاضي المياه ). Je n'ai pas pu trouver d'autres renseignements sur cette juridiction. D'après son nom, elle devait avoir pour attribution de statuer sur les litiges relatifs aux droits qu'exercent les particuliers sur l'eau, tels que le droit d'irrigation.

Nous reparlerons beaucoup plus longuement du kāḍi de la šurṭa dans le chapitre suivant, consacré à l'étude de cette importante institution. (3) Ibn Farḥūn, I, 14, 32, 66 et ss. (5) Citons encore une variété intéressante de compétence déléguée à des vicaires spéciaux, celle relative au *farḍ* ( فرض ) et qui comprend

moment du cas d'institution par l'autorité supérieure même, de magistrats autonomes, compétents spécialement pour la connaissance d'une catégorie déterminée de litiges.

Dans la partie orientale du monde musulman, cette variété de juridictions spéciales ne semble pas avoir pris une grande ampleur. On peut citer cependant le cas rapporté par Māwardi, suivant lequel il existait à son époque, dans la province de Baṣra, une juridiction dont la compétence était restreinte aux procès dont la valeur ne dépassait pas deux cents dirhems et aux procès de pension alimentaire. Le titulaire de cette juridiction était appelé « le kāḍi de la mosquée » parce qu'il devait tenir obligatoirement ses audiences à la mosquée, sans doute, tout particulièrement pour faciliter aux justiciables la recherche du prétoire, dans des affaires de faible valeur[1]. La chronique signale aussi l'existence dans une ville d'Irak, vers le milieu du VI^e s. h., d'un poste de magistrat dont la compétence était restreinte aux litiges entre créanciers et débiteurs[2].

C'est en Occident que le phénomène se manifeste d'une façon nette et persistante. La différence, sur ce point de l'évolution historique, de l'organisation judiciaire dans les deux parties du monde musulman, se reflète dans la littérature juridique elle-même : alors que dans les écrits des maḏhab ḥanafite et šafi'ite, prépondérants en Orient, de très brèves et rares mentions sont consacrées aux règles concernant l'attribution de compétences spéciales à des juges autres que le magistrat ordinaire, les ouvrages du maḏhab malékite, suivi en Occident, s'étendent beaucoup plus longuement sur l'exposé et l'interprétation de telles règles. Cette différence est marquée par des auteurs malékites de la basse-époque, comme Ḫaraši, qui en arrivent à affirmer, contrairement à la réalité d'ailleurs, que le principal juriste ḥanafite, Māwardi, refuse d'admettre la possibilité de l'institution d'un juge à compétence restreinte[3].

a) *Ḫiṭṭat al-ankiḥa.* — Parmi les diverses juridictions spéciales dont on trouve mention dans les ouvrages de la doctrine malékite, la plus importante, celle dont on trouve les exemples pratiques les

les procès soulevés par les répudiations des femmes. Ainsi, au début du IV^e s. h., le kāḍi d'Egypte, Ibn Badr, institue à cet effet un vicaire, ( *Wulāt*, 533 ; *adde*, 485 ).

(1) Mawardi, 70. (2) Yāḳūt, II, 55. (3) Ḫaraši, VII, 169.

plus abondants, est la juridiction des causes matrimoniales (النظر في المناكح ou خطة المناكح ou خطة المناكح واحكام النساء ou encore المناكح seulement). Le magistrat à qui est confiée cette juridiction s'appelle *ḳāḍi al-ankiḥa* (قاضي الانكحة)[1]. Elle avait pour objet la connaissance de tous les litiges en matière matrimoniale et en matières connexes, telles que les litiges de pension alimentaire entre époux[2]. Dans les annales historiques, on relève le nom de divers personnages qui ont exercé cette magistrature[3].

b) *Le ḥākim* — Le terme « *ḥākim* » désigne, d'une façon générale, toute personne investie par l'autorité supérieure du pouvoir de juridiction. Le terme « ḳāḍi » a un sens plus spécial en ce qu'il est réservé au juge de la magistrature ordinaire, ainsi que nous l'avons déjà constaté[4]. Aussi, les juristes emploient-ils souvent, le terme « ḥākim » pour désigner le ḳāḍi. Il est frappant, à cet égard, que la *Maǧalla*, promulguée par l'Etat ottoman à une époque où une nouvelle organisation judiciaire était instituée à côté de l'ancienne juridiction kadiale dont la compétence était restreinte à certaines matières déterminées, n'emploie, pour désigner le magistrat, en général, que le terme de ḥākim[5].

Ce terme a été parfois mal compris, semble-t-il, nous avons déjà eu l'occasion de signaler l'hésitation de Gaudefroy-Demombynes et Platonow dans la détermination du statut des ḳākim. Ce « sont sans doute, disent ces auteurs, des magistrats rendant la justice administrative, extracoranique[6] ».

D'après de Slane, qui a été suivi par Dozy, le ḥākim désignerait « l'officier chargé de surveiller l'administration judiciaire et de faire « exécuter les sentences prononcées par les ḳāḍi... Il remplissait aus-

(1) Il ne faudrait pas confondre cette fonction avec des *'uḳḳād al-ankiḥa* (عقّاد الانكحة) que l'on trouve en Orient. Ces derniers ne sont pas des juges ; ce sont des préposés des kāḍi ou même de simples particuliers mais sur lesquels le kāḍi a autorité, dont la profession consiste à dresser les actes de mariage (cf. Quatremère, *op. cit.*, II, 2e partie, 68). (2) قاضي الانكحة وما يتعلق بها : Ḫarašī, VII, 169 ; النظر في المناكح وما يضاف اليها من فرض النفقات : Ibn Farḥūn, I, 43. (3) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 172, 210, 212, 306, 312, 402 ; II, 402, 452, 492, 623, 631 ; Ibn Baškuwāl, 64 ; Ibn Baṭūṭa, I, 15 ; Bel et Chêneb, 44, 253, 281 ; Zubayr 139. (4) *Supra*, 110. (5) *Maǧalla*, art. 1054, 1689, 1785, 1792 et ss. (6) *Supra*,

« si les fonctions de *muzakki* (مزكي)[1] ». Cette erreur provient d'une interprétation manifestement inexacte d'un texte de Ibn Ḫaldūn sur lequel se basent Dozy et de Slane. Cet historien raconte dans son autobiographie qu'ayant été nommé au poste de ḳāḍi al-ḳuḍāt malékite du Caire, il chercha à épurer le corps de ces auxiliaires de justice appelés šuhūd ou témoins fixes pour lesquels les *ḥākim* se montraient d'une extrême complaisance[2]. Or, il est manifeste que dans ce texte le terme « *ḥākim* » a été pris dans le sens général de magistrat judiciaire, pour désigner les ḳaḍi eux-mêmes[3]. D'autre part, il ne ressort ni de ce texte ni d'aucun autre qu'il ait existé un fonctionnaire spécial institué pour exercer une surveillance sur l'administration judiciaire et faire exécuter les sentences prononcées par les ḳāḍi. Quant au *muzakki*, auxiliaire de justice ou simple particulier, désigné par le magistrat pour faire l'enquête sur l'honorabilité des témoins, il n'a jamais porté le nom de ḥākim. Ses fonctions d'ailleurs n'ont aucun caractère juridictionnel. Dans la suite du texte précité de Ibn Ḫaldūn, le mot *tazkiya* (تزكية) intervient dans la phrase dans laquelle cet auteur rapporte que la cause principale de la corruption des šuhūd provenait de ce que, bénéficiant de la protection de puissants personnages, ceux-ci les faisaient admettre par les ḳaḍi ; et leur honorabilité était facilement certifiée[4]. Il n'a donc aucun rapport avec le terme de ḥākim.

C'est en Espagne que ce terme a pris un sens spécial et a servi à désigner un organisme judiciaire distinct.

En réalité, le ḥākim est un juge subalterne, faisant partie de l'ordre de la magistrature kadiale ordinaire. Il est institué par le ḳāḍi d'un grand ressort pour connaître des litiges de faible valeur. Cette définition du statut du ḥākim découle des textes suivants. Dans son traité, Ibn ʿAbdūn recommande, en principe, au ḳāḍi de ne pas

(1) *Prolég.* de Ibn Ḫaldūn, Trad. de Slane, I, LXXVI ; Dozy, *Supplément*, v° حكم.
(2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ* VII, 453 :

فقد كان البر منهم مختلطاً بالفاجر والطيب ملتبساً بالخبيث والحكام ممسكون عن انتقادهم متجاوزون عما يظهر عليهم من هناتهم لما يموهون به من الاعتصام باهـــل الشوكة فان غالبهم مختلطون بالامراء معلمون للقرآن وائمة في الصلوات يلبسون عليهم بالعدالة فيظنون بهم الخير ويقسمون الحظ من الجاه في تزكيتهم عند القضاة .

(3) Quelques lignes avant le texte précité, Ibn Ḫaldūn (p. 452), pour distinguer les kāḍi ordinaires des kāḍi supérieurs ou kāḍi al-kuḍāt, les désignent du terme de ḥākim.
(4) V. n° 2. Sur la fonction de *muzakki*, v. *supra*, 241, 258.

se substituer des vicaires, « à moins, ajoute-t-il, qu'il n'institue un *ḥākim* de bonne moralité, ne se trouvant pas dans le besoin, affecté spécialement aux litiges courants et de faible valeur, intéressant les simples particuliers, à l'exclusion des questions de propriété, des biens des mineurs ( *aytām* ) et des affaires intéressant le sultan et les agents de l'Etat[1].

Plus loin, dans l'énumération qu'il fait des principaux fonctionnaires et magistrats de l'Etat, le même auteur cite, après le ḳāḍi, le ḥakim et il dit de ce magistrat : « Il doit être un homme de bonne moralité, intègre... versé dans la science de la rédaction des actes juridiques et les questions judiciaires..., il doit surtout essayer, dans sa pratique judiciaire, de concilier les parties...[2].

Comme le ḳāḍi, le ḥākim est assisté d'auxiliaires ( اعوان ), mais en nombre moins élevé. Dans un ressort important comme celui de Séville, Ibn ʿAbdūn autorise un nombre de sept à dix auxiliaires, pour le ḥākim[3].

Dans la définition qu'il donne du kāḍi en Espagne, l'historien Maḳḳari dit que cette appellation était réservée au magistrat d'une « ville importante » ; tandis que le juge d'une petite ville porte le nom de *musaddid* ( مسدد ) » ( synonyme de ḥākim )[4].

De fait, les définitions théoriques se trouvent confirmées par les divers textes des annales qui relatent la biographie de certains ḥākim.

Les textes spécifient souvent que tel personnage a été institué comme ḥākim dans une localité par le ḳāḍi du ressort dont elle dépend et, suivant l'expression même des textes, qu'il a assuré ses fonctions au nom et pour compte du ḳāḍi du ressort[5].

Par ailleurs, les textes sont abondants, qui mentionnent la biographie de ḥākim dans diverses régions d'Andalousie[6].

(1) Ibn ʿAbdūn, *Journal asiatique*, 1934, 199.

على القاضي ان لا يستخلف . . . الا ان يجعل حاكماً خيراً غنياً يجعله للعوام في الامر القريب من الاحكام لا في رقاب الاموال ولا فيما فيه امر من امور السلطان والعمال .

(2) *Op. cit.*, 202.

(3) *Op. cit.*, 200.

(4) Maḳḳari, I, 103.

(5) Ibn Abbār, *Takmila*, I, 212 ; II, 631.

(6) Bel et Chéneb, 44, 253, 281 ; Ibn Baškuwāl, 64, 210, 346, 417, 525 ; Ibn Abbār, *Takmila*, I, 306 ; II, 452, 623,

Comme on le voit, les ḥākim sont désignés tantôt dans des centres importants où ils déchargent le ḳāḍi d'une partie de sa juridiction, en appelant à eux les affaires de peu d'importance ; tantôt, dans des ressorts secondaires où ils tiennent lieu et place de ḳāḍi, à titre de vicaires, leur compétence restant restreinte aux litiges de faible valeur[1].

---

## Section VI. — Juridictions administratives

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler que le système judiciaire musulman n'affecte pas au contentieux administratif une juridiction spéciale, le ḳaḍi étant, en principe, le juge compétent en cette matière[2]. Cependant, dans la hiérarchie administrative compliquée de l'Etat mamluk, il a existé certains organismes auxquels on reconnaissait compétence pour des litiges de nature administrative.

(1) Il a existé aussi dans l'Espagne musulmane une fonction judiciaire appelée *ḫiṭṭat al-radd* ou, simplement, *al-rad* (خطة الرد). De nombreux textes citent le nom de personnages qui ont exercé cette fonction (cf. Ḫušāni, 161 ; Ibn Baškuwāl, 35 ; Faraḍi, I, 196, 230 ; Bel et Chéneb, 19 ; Ibn Abbār, II, 455, 555). Le titulaire de la fonction porte le nom de *ṣāḥib al-rad*. Mais il est très malaisé de déterminer la nature et les attributions de cette fonction. Lévi-Provençal dit que « le ṣāḥib al-rad semble... avoir été un magistrat dépendant directement du palais et qui pouvait recevoir des mains des plaignants des recours au prince contre les décisions des kāḍi : ce magistrat transmettait ces demandes à son maître... ». (Lévi-Provençal, *op. cit.*, 91 et *Hist. Esp.* III, 143 s.) Il ne me paraît pas que le ṣāḥib al-rad ait eu ce simple rôle de « receveur » de requêtes. Un texte le qualifie bien de juge (حاكم) (Ibn Baškuwāl, 35 لم يزل حاكماً بخطة الرد). Un autre texte lui donne même le titre de kāḍi (Bel et Chéneb, 19 القاضي ابو ذكوان صاحب الرد). Ces textes se comprendraient difficilement suivant l'interprétation de Lévi-Provençal : un juge, un ḳāḍi possède le pouvoir de juridiction. D'autres textes mentionnent des cas de cumul par le ṣāḥib al-rad des fonctions des maẓālim. La fonction est certainement inférieure à celle de kāḍi, car la nomination d'un ṣāḥib al-rad à un poste de kāḍi est représentée par les textes comme un avancement. Au VIe s. (XIIe A. D.), la fonction du *rad* semble être tombée en désuétude (cf. Lévi-Provençal, *Hist. Esp.*, III, 144).

(2) Les diplômes de nomination de magistrats, à l'époque mamluk, recommandent aux nouveaux titulaires une vigilance particulière dans les procès intéressant le trésor public (Ḳalḳ., XI, 198).

Mais ici les indications que nous pouvons donner sont nécessairement très sommaires tant à cause du laconisme extrême des textes sur l'étendue de cette compétence qu'à cause de l'inexistence d'une théorie s'appliquant à un véritable contentieux administratif distinct du contentieux ordinaire.

*Mustawfi al-murtağa'* ( مستوفي المرتجع ) — Dans la définition des attributions de ce fonctionnaire, qui réside au Caire, Ḳalḳašandi dit que « c'est lui qui juge les procès administratifs ( هو الذي يحكم في القضايا الديوانية )[1] ».

*Nāẓir al-ğayš* ( ناظر الجيش ) — Dans certaines provinces du royaume mamluk, comme à Damas, le nāẓir al-ğayš exerce la même compétence que le *mustawfi al-murtağa'*, au Caire[2].

(1) Ḳalḳ., IV, 33. (2) Ḳalḳ., IV, 190.

CHAPITRE TROISIÈME

# LA JURIDICTION RÉPRESSIVE — LA SURTA

## Section I. — Notions sommaires sur la théorie du droit pénal dans la doctrine juridique

On se ferait une idée bien inexacte du système de répression suivi dans les pays d'Islam, tant au point de vue des règles de fond et de procédure qu'au point de vue des organismes chargés de leur application, si l'on se référait purement et simplement à la théorie du droit pénal telle qu'on la trouve exposée dans les compilations des jurisconsultes. Là, encore, existe cette même coupure, que nous avons déjà constatée sur d'autres points, entre la doctrine juridique de l'école et les réalités pratiques. Il nous a paru cependant utile d'exposer brièvement la théorie des auteurs tant pour prévenir toute équivoque que pour faire ressortir la différence qui sépare la théorie de la pratique, tout en notant les efforts d'une partie de la doctrine en vue de consacrer diverses solutions de cette pratique.

I — Quant aux règles de fond, à savoir, la détermination des délits et des peines, il y a lieu de faire une distinction de base entre les délits limitativement prévus par la loi et pour lesquels des peines fixes sont établies, et les autres délits, non prévus par la loi.

Dans le premier cas, nous sommes, à proprement parler, en présence d'un système de légalité stricte, qui pourrait être exprimée par l'ancien adage romain: *nullum crimen, nulla pæna, sine lege.* Dans le deuxième cas, le système en vigueur est, tout au contraire, un système d'arbitraire des délits et des peines. Cependant, dans l'un et l'au-

tre cas, les faits punissables portent le même nom جرائم (infractions). A côté de ces deux catégories du droit pénal, la doctrine fait une place spéciale aux délits qui comportent un droit de vengeance privée et qui portent le nom de *ǧināyāt* ( جنايات ).

**Le système de la légalité stricte et son champ d'application.** — Il existe un certain nombre de délits pour lesquels la loi établit des peines fixes. Ces peines portent le nom de *ḥudūd* ( حدود ; sing. : *ḥidd*), au sens strict. La définition de ce terme, telle qu'on la trouve généralement dans les ouvrages d'orientalisme, est incomplète. En réalité, il y a, en droit musulman, deux conceptions distinctes des ḥudūd. D'après une conception étroite, les ḥudūd sont « des peines établies dans l'intérêt de Dieu ». Ces peines, et les délits qu'elles sanctionnent, sont ceux qui sont expressément prévus par un texte du Coran ou de la sunna. Ces délits sont au nombre de cinq ou de six, suivant le classement adopté par les différents auteurs. Ce sont :

1° — *La fornication* ( زنا *zina* )[1]. Ce délit est prévu à la sūrat XXIV, verset 2 du Coran. La peine diffère suivant que le coupable est libre ou esclave. S'il est libre, il y a lieu encore de distinguer suivant que le coupable est marié ou non marié. Dans le premier cas, la peine consiste dans la mort par lapidation ; dans le deuxième cas, la peine consiste en cent coups de fouet, auxquels s'ajoute, d'après certains auteurs, comme Šāfi'i et Malek, une peine accessoire, l'exil ( تغريب *taġrīb* ) pendant une année, par application d'un ḥadīṯ attribué au Prophète, Si le coupable est un esclave ou ne jouit pas du statut complet de liberté, la peine est, indistinctement, de cinquante coups de fouet, assortie, suivant Šāfi'i, de l'exil pendant une année.

2° — *La calomnie* ( قذف *ḳāḏf* ). Ce délit consiste dans le fait d'accuser injustement une personne de fornication. Il comporte de nombreuses conditions sur lesquelles s'étendent longuement les auteurs. Il est prévu à la sūrat XXIV, verset 4 du Coran. La peine est de quatre-vingts coups de fouet, si le coupable est une personne libre, — de

(1) Les auteurs ne sont pas d'accord sur la définition exacte de ce délit : cf. Māwardi, 215, d'une part et, d'autre part, la plupart des autres *fukaha*, comme Marġināni ( II, 85 ). Kāsāni ( VII, 33 ).

quarante, si elle est esclave ou ne jouit pas du statut complet de liberté.

3° — *Le vol* ( سرقة *sariḳa* ), prévu à la sūrat V, verset 38, est puni de la mutilation de la main droite.

4° — *Le brigandage de grand chemin* ( قطع الطريق *ḳaṭ' al-ṭarīḳ* ), prévu à la sūrat V, verset 33, est puni de mort par crucifixion.

5° — *L'usage de boisson enivrante* ( الشرب *šurb* ), prévu dans un ḥadīṯ du Prophète. Il est puni de quarante coups de fouet. D'après certains auteurs, il y a lieu de distinguer deux variétés de ce délit : le fait de prendre une boisson de nature enivrante, sans s'enivrer ; — le fait de l'ivresse elle-même. Dans les deux cas, toutefois, la peine est la même[1].

Cette conception des délits et des peines fixes est celle que l'on trouve dans les ouvrages de fiḳh et qui est devenue classique en droit musulman[2].

La conception large est enseignée principalement par Māwardi, dans son traité des « *Aḥkām sulṭānyya* ». D'après la doctrine de cet auteur, les ḥudūd sont des peines établies par Dieu, ayant pour but d'empêcher l'accomplissement d'actes défendus ou l'inobservation de prescriptions ordonnées ( الحدود زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر ). Il y a donc des délits de commission et des délits d'ommission. Pour ces deux catégories d'infractions, on distingue celles qui violent un intérêt divin ( ما كان من حقوق الله تعالى ), celles qui violent un intérêt humain ( ما كان من حقوق الآدميين ) et celles qui touchent à la fois aux deux intérêts.

Les délits de commission sont ceux de fornication, de vol, de brigandage, d'usage de boisson enivrante, de calomnie. Ce dernier délit se dédouble ; il comprend, d'une part, la calomnie, *stricto sensu*, c'est-à-dire, l'accusation injuste de fornication ; d'autre part, l'accusation injuste de toute autre sorte d'infraction ( القذف في الجنايات ).

(1) Kāsāni, VII, 39. (2) Marġināni, II, 80 et ss. ; Kāsāni, VII, 33 et ss. ; Dāmād, I, 584 et ss, ; Ibn Nuǧaym, V, 2 et ss. ; Sarabsi, IX, 36 et ss.

Les délits d'omission consistent, en ce qui concerne les droits de Dieu, dans l'inobservation des devoirs de la prière, du jeûne, de l'aumône, du pèlerinage, et, en ce qui concerne les droits des hommes, dans le refus d'exécuter les obligations dues à des particuliers.

Dans ce système, les peines des délits de fornication, de calomnie, vol, brigandage, usage de boisson enivrante restent les mêmes que dans le précédent système.

L'omission volontaire de la prière est sanctionnée par la peine de mort, au cas où le coupable irait jusqu'à nier cette obligation de la loi ; en cas de simple négligence dans son accomplissement, il n'y aurait lieu d'appliquer la peine de mort que si le coupable, après mise en demeure, persiste dans son refus. — L'omission volontaire du jeûne est punie de la privation de toute nourriture et de toute boisson pendant une durée égale à celle du jeûne. — Le défaut de paiement de la *zakāt* ( aumône légale ) donne simplement droit aux pouvoirs publics, de la recouvrer *manu militari*. — L'omission du pèlerinage reste un délit théorique, ne comportant pas de peine étant donné que l'exécution de ce devoir ne doit pas obligatoirement s'accomplir à un terme fixe ; qu'on ne peut donc être considéré comme coupable d'omission tant qu'on est en vie.

Mais là où la théorie des peines fixes se trouve en défaut dans le système de Māwardi, c'est dans le cas de calomnie qui consiste dans l'imputation d'une infraction autre que la fornication, et dans celui d'inexécution des obligations dues à des particuliers. Pour cette dernière catégorie, on voit bien qu'il ne s'agit pas réellement d'un délit pénal ; de plus, la sanction prévue pour ce fait — exécution forcée et emprisonnement — n'a pas un caractère répressif, pour l'exécution forcée, ni un caractère fixe, pour l'emprisonnement. Quant au délit de calomnie, Māwardi omet purement et simplement d'en indiquer la sanction.

A côté du système des peines fixes existe celui des peines arbitraires, qui porte le nom de *ta'zīr* (تعزير). Suivant la définition qu'en donne Mawardi, le ta'zīr consiste en « une correction pour des fautes non sanctionnées par des ḥudūd ( تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ) ». Disons, d'une façon générale en même temps que plus précise, que le ta'zīr consiste dans la répression de tous actes délictueux pour lesquels la loi n'a pas prévu des peines fixes. En principe, tant la

détermination des actes délictueux que la détermination des peines applicables sont laissées à la libre appréciation du juge. C'est donc bien un système d'arbitraire des délits et des peines. Là encore, cependant, on se trouve en présence de deux conceptions quant à la latitude laissée au juge dans la fixation des peines applicables. D'après une conception étroite, qu'on voit exposée, notamment, dans Kasāni, il faut distinguer entre l'infraction qui peut être assimilée à un délit pour lequel est édicté un ḥidd ou peine fixe, et celle qui n'est pas assimilable à un délit de ce genre[1]. Dans le premier cas ( par exemple, le fait de se rendre coupable d'une tentative de vol ), la peine de ta'zīr consiste en la fustigation, sur la mesure de laquelle les auteurs ne sont pas d'accord ; mais elle doit rester toujours inférieure à la fustigation applicable en matière de ḥudūd. Le maximum de cette peine. en matière de ta'zīr, serait de soixante-quinze coups. Dans le deuxième cas ( par exemple, le fait de commettre une injure simple à l'égard d'autrui ), la peine peut varier entre la réprimande, la fustigation et l'emprisonnement. C'est à cette conception que se rattachent les auteurs qui définissent le ta'zīr « toute peine correctionnelle inférieure au ḥidd ( التعزير هو تأديب دون الحد )[2] ». D'après une conception plus large, le ta'zīr peut comprendre aussi bien que les peines précitées toutes autres mesures répressives, telles que l'amende ( اخذ المال ) et même la mort. « Il n'y a rien de fixe, en matière de ta'zīr, dit-on ; tout est laissé à la libre appréciation du juge ( ليس في التعزير شيء مقدر بل هو مفوض الى رأي القاضي )[3]. Cette conception correspond au système général de l'arbitraire des délits et des peines, applicable dans toutes les matières où des peines fixes ou ḥudūd ne sont pas prévues par la loi.

En tout cas, la doctrine donne quelques indications quant à la mesure suivant laquelle le ta'zīr dans l'une et l'autre conceptions doit être appliqué. Cette mesure diffère suivant la qualité du délinquant. A cet égard, certains auteurs, comme Kasāni, répartissent les délinquants en quatre catégories, par ordre de gravité des peines applicables : 1°) les *ašrāf al-ašrāf* ( personnages de haute noblesse ) comme les Alides auxquels on assimile les *fuḳaha* ; 2°) les *ašrāf*, comme les chefs militaires et les gouverneurs de districts ; 3°) les

(1) Kāsāni, VII, 64.
(2) Dāmād, I, 609 ; Ibn Nuǧaym, V, 40
(3) Dāmād, I, 609 ; Ibn Nuǧaym, V, 41.

personnes de la classe moyenne, comme les commerçants ; 4°) le commun du peuple[1].

A côté des deux différents systèmes de répression — légalité et arbitraire — le droit musulman fait une place à part aux délits qui, d'après le Coran, donnent lieu à l'exercice de la vengeance et au paiement de compositions. Etant donné le caractère sacré des dispositions qui prévoient ces délits et leurs sanctions, elles ont toujours été maintenues ; et, dans tout le développement du droit musulman, le système de la vengeance privée et des compositions conserva les traits essentiels qu'il avait aux origines. C'est ainsi que les héritiers de la victime d'un homicide ont toujours le droit de demander l'exercice de la vengeance sur le coupable, sous réserve de la substitution éventuelle, à cette vengeance, d'une composition volontaire ; que, d'autre part, les lésions corporelles sont toujours sanctionnées par des compositions forcées et tarifées[2].

II — **Règles de forme et de procédure** — Le droit musulman ne connaît qu'un seul genre de procédure applicable par le ḳāḍi tant aux procès civils qu'aux procès répressifs. L'accusé, dans un procès répressif, est exactement assimilé au défendeur dans un procès civil. La preuve qui doit emporter la conviction doit être rapportée dans les mêmes conditions que la preuve en matière civile. D'autre part, il s'est constitué, dans la doctrine, un ensemble de règles relatives spécialement aux conditions de la preuve et des éléments de l'incrimination de chacun des délits punis de peines fixes. Ainsi, par exemple, la preuve est rendue extrêmement difficile en matière de délit de fornication : les témoins doivent être au nombre de quatre ; ils doivent avoir vu la consommation même de l'acte charnel[3].

Telle est la procédure ordinaire. En dehors d'elle, et dans des conditions que l'on peut rapprocher de celles qui ont suscité la procédure extraordinaire des maẓālim, il s'est formé une procédure extraordinaire, applicable par les organismes administratifs qui s'immiscèrent dans l'exercice de la répression, libérée des entraves de la procédure kadiale. On peut dire que c'est sur une question de procédure qu'a échoué, en fait, la compétence du ḳāḍi, en matière

(1) Kāsāni, VII, 64. (2) Sur le détail de ce système, cf. Tyan, *Le Système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, 76 et ss. (3) Ce qui ajoute à la difficulté extrême de cette preuve, c'est la règle d'après laquelle si les deux conditions précitées ne sont pas réalisées complètement, les témoins qui auraient déjà déposé seraient considérés comme coupables du délit de calomnie et punis en conséquence.

répressive : c'est parce qu'il a toujours été admis que le ḳāḍi ne pouvait juger que conformément aux règles strictes de la procédure ordinaire, alors que ces règles étaient insuffisantes pour assurer efficacement la répression, que la juridiction répressive fut toujours, en fait, distraite des attributions du magistrat ordinaire. Or, des organismes administratifs ne pouvaient naturellement pas être soumis à une procédure de caractère judiciaire. La doctrine elle-même admet que ces organismes jugent suivant des règles radicalement différentes de celles de la procédure qui lie le magistrat kadial, règles qui se caractérisent par une très grande souplesse et une très large liberté tant dans l'instruction du procès et l'administration des preuves que dans l'application des peines. C'est pourquoi, on peut justement appliquer à cet ensemble de règles le nom de procédure extraordinaire.

Faisant la comparaison entre ces deux sortes de procédure, Māwardi relève certaines caractéristiques distinctives de la procédure extraordinaire qui se déroule devant les juridictions répressives autres que le tribunal du ḳāḍi. Parmi ces caractéristiques, il cite quelques-unes qui ne sont pas relatives à la procédure ( compétence en matière de rixe, possibilité de condamnation des délinquants récidivistes à l'emprisonnement perpétuel ). Nous retrouverons plus loin ces règles. Quant à la procédure proprement dite, Māwardi accorde au magistrat répressif autre que le ḳāḍi un très large pouvoir dans l'instruction du procès, tout en posant quelques limites à ce pouvoir. Ce magistrat peut valablement se saisir d'office de l'action publique. Ainsi, il peut déclencher cette action sur une simple dénonciation qui lui est faite par l'un des agents de son service, et pour l'appréciation de la culpabilité du prévenu, il peut prendre en considération tous les renseignements que lui fournissent ces agents sur la personnalité du prévenu, ses antécédents et sa moralité, de même qu'il peut prendre en considération toutes sortes de présomptions de nature à l'éclairer sur le procès. Ainsi, sur une accusation de vol, le fait que le prévenu a été trouvé porteur d'outils pouvant servir à une effraction ou le fait que des traces de violence ont été relevées sur son corps constitueront des présomptions graves de culpabilité. Il est loisible au magistrat d'employer des moyens de contrainte, susceptibles de servir à la manifestation de la vérité : il peut mettre l'accusé en état de détention préventive comme il peut le faire fustiger pour l'amener à faire un aveu. Mais on admet que, dans la fustigation, le magistrat ne doit pas dépasser la limite de la fustigation autorisée en matière de ḥudūd, soit, quatre-vingts coups ; de même

que l'aveu fait par l'accusé au moment où il subit la fustigation n'est pas considéré comme valable.

Quant à la preuve testimoniale, le magistrat est autorisé à entendre le témoignage des personnes qui, dans la procédure ordinaire, sont frappées d'incapacité de témoigner en justice, telles que les non-musulmans. Le magistrat peut aussi déférer le serment à l'accusé.

Ainsi donc, la phase de l'instruction criminelle, dans la procédure extraordinaire, est régie, suivant les termes même qu'emploie Māwardi, non point par les principes du droit strict, le *šar'*, mais par les principes de la « politique jurisprudentielle (السياسة الشرعية) ». c'est-à-dire ce pouvoir qui permet au juge d'agir en équité, en considération de l'*utile* et du *convenable*.

Mais c'est seulement dans la phase de la procédure antérieure au jugement, seulement en ce qui concerne les moyens d'instruction du procès, que, d'après la doctrine, il existe une différence entre la juridiction répressive du ḳāḍi et la juridiction des autres organismes de répression. Pour l'application de la peine, les deux ordres de juridiction se trouvent soumis aux mêmes règles, ce qui veut dire que, pour les délits pour lesquels il existe des peines fixes ( ḥudūd ), seules, ces peines peuvent être prononcées, et, pour les autres délits, les peines qui peuvent être prononcées sont celles qui sont déterminées d'après le système du *ta'zīr*.

---

## Section II. — Organisation de la surta

### §. 1er — Terminologie

L'organisme qui, dans les Etats musulmans, avait pour mission l'exercice de la force publique et de la justice répressive était, en général, celui de la *šurṭa* ( شرطة ).

Très peu d'auteurs s'expliquent sur l'étymologie de ce mot. D'après Ḳalḳašandi, il dériverait du terme *šaraṭ*, qui implique le sens d'insigne ; et ce nom aurait été donné aux agents de la force publique parce qu'ils portent un insigne distinctif. D'après une autre opinion, mentionnée par le même auteur, šurṭa dériverait toujours du terme šaraṭ, mais pris dans un sens différent du précédent, à savoir : les détritus, les déchets de quelque chose. Par extension, on considère les criminels et les gens sans aveu comme les déchets du corps social ; et parce que les agents de la force publique ont pour fonction de poursuivre ces individus, on a donné à cette fonction le nom de šurṭa[1]. Mais, dans une troisième explication, retenue par les dictionnaires de langue arabe les plus autorisés, šurṭa dériverait du verbe *ašraṭa* (اشرط) qui signifie : séparer une chose d'une autre, en vue d'une destination précise. Au figuré, on dit اشرط فلان نفسه لكذا, c'est-à-dire : consacrer son activité à un but déterminé. Dans le même sens, šurṭa a servi à désigner la formation d'élite d'une armée que le chef destine aux opérations les plus importantes et les plus dangereuses[2]. On peut admettre, en conséquence, que le corps de fonctionnaires ayant l'exercice de la force publique et choisis spécialement pour assurer l'ordre public a pu être appelé, pour cette raison, *šurṭa*[3].

Un agent de la šurṭa est appelé *šurṭi* ( شرطي, pl. : *šuraṭ* ou vulgairement : *šurṭyya* شرطية ).

Cette appellation de l'organisme de la force publique et de ses agents est une des plus anciennes et des plus générales en pays arabo-musulmans. On la rencontre dans la chronique des premières années de la conquête et de l'organisation du nouvel Etat[4].

Même, lorsque d'autres expressions seront, en fait, employées, pour désigner l'organisme chargé du maintien de l'ordre public, les auteurs continueront à se servir du terme de šurṭa comme le terme

(1) Ḳalḳ., V, 450 ; cf. pour le dernier sens, encore, *Dic. Tāǧ al-ʿarūs*, v° شرط.
(2) On reviendra plus loin sur l'origine réelle du terme. (3) Dic. *Tāǧ al-ʿarūs*, v° شرط ; Maḳrīzi, *Kitāb al-muǧarrab fi tartīb al-muʿarrab*, v° شرطة. (4) Nous n'avons pas jugé utile d'indiquer les références de tous les textes relatifs à l'historique des termes : elles sont trop nombreuses et on les retrouvera à l'occasion d'autres sujets qui seront traités dans la suite.

le plus propre. On trouve, en Orient, l'expression de *aḥdāṯ* (احداث) et celle de *mu'āwin* (معاون), employées, tantôt, séparément, tantôt les deux groupés. La force gardienne de l'ordre public s'appelle, par un abus de langage, *aḥdāṯ* ( événements, actes qui troublent l'ordre ) parce qu'elle a pour mission de prévenir et de réprimer de tels actes[1]. De même, *ma'āwin* dérive de (عون) qui signifie : aide. Or, la force publique est une aide pour l'exercice de l'autorité publique. Dès les premières années de la conquête, comme pour la šurṭa, les auteurs parlent de la fonction des aḥdāṯ[2]. Depuis, on désigne les titulaires de cette fonction par l'expression ولاة الاحداث والمعاون[3]. Le terme ma'āwin, seul, devient courant, surtout dès le commencement du IIIe s. h.[4].

Une autre expression qui commence à faire son apparition en Orient, vers la fin du IIIe s. h., est celle de *ma'ūna* معونة, dont la racine est la même que celle de ma'āwin[5]. Sous les Fatimites, la šurṭa prend aussi le nom de wilāya[6]. Dans le royaume mamluk, elle supplante même le terme de šurṭa : « La *ma'ūna* qu'anciennement on appelait šurṭa, dit Maḳrīzi...[7] ». On trouve aussi l'expression *'asas* ( عسس ), d'où *'asasi* (عسسي), qui signifient : garde, gardien, sentinelle[8], et qui servent plutôt à désigner la fonction des agents subalternes de la šurṭa. On parle, aussi, dans le même sens, de *aṣḥāb al-rub'* ( اصحاب الربع ), veilleurs de nuit, quarteniers, placés sous les ordres du chef de la šurṭa, auxquels correspondent en Occident les *darrābūn* ( درّابون )[9].

Le titulaire de la fonction s'appelle ordinairement *ṣāḥib al-šurṭa*

(1) L'explication de cette appellation pourrait être tout autre. Le terme *aḥdāṯ* signifiant également « jeunes gens » il est employé par certains écrivains pour désigner spécialement les jeunes gens ( sous-entendu : auteurs de troubles à l'ordre public ) ( cf. Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 430 ). La šurṭa serait ainsi appelée *aḥdāṯ* ( abréviation de wilayat *al-aḥdāṯ* ) parce que sa mission consiste à poursuivre les « aḥdāṯ » entendus dans ce dernier sens. — Sur la synonyme des termes *šurṭa* et *aḥdāṯ*, cf. not. Ṭabari, éd. 1939, VI, 355-356. (2) Baladuri, 364. (3) Dans un texte, Ḳalḳašandi semble distinguer entre la fonction de la šurta et celle des ma'āwin ( X, 308 ; *adde* Abū Al-Maḥāsin, I, 268 ). (4) Ya'ḳūbi, II, 555. (5) Ṭabari, éd. de Gœje III, 1816, 1822. (6) Ḳalk., III, 484. (7) Makrīzi, III, 304. (8) Dozy, *Supplément*, v° عس ; Makrīzi, III, 362. (9) Makkari, I, 103.

( صاحب الشرطة ) ; on dit aussi *mutawalli al-šurṭa* ( متولي الشرطة ) ou encore *wāli al-šurṭa* (والي الشرطة) ; parfois : *ʿāmil al-šurṭa* (عامل الشرطة). Mais beaucoup plus couramment et dans la terminologie officielle, il s'appelle, à partir de l'époque fatimite, simplement *wāli* et, sous les Mamluks, c'est la seule appellation connue. On dit aussi : *wāli al-ḥarb* ( والي الحرب )[1].

Vers la même époque, dans l'Occident musulman, on trouve différents noms qui servent à désigner le titulaire de la fonction de la šurṭa : *hākim* ou *ḥāfiẓ* ( حافظ — حاكم ), — *ṣāḥib al-madīna*, — *ṣāḥib al-layl* ( صاحب الليل — صاحب المدينة )[2].

## §. 2. — Les origines de la surta

Il n'existe pas, chez les anciens auteurs musulmans, pour l'institution de la šurṭa, une théorie historique traditionnelle, correspondante à la théorie qu'ils soutiennent relativement à la magistrature judiciaire, qui rattacherait la šurṭa à des origines préislamites et coraniques. D'ailleurs peu nombreux sont les auteurs qui consacrent des développements ou donnent quelques indications sur cette question des origines. Mais en tout cas, ils attribuent toujours la création

(1) Ḳalḳ., IV, 22, 23, 186, 219, 234 ; Ibn Ḫaldūn, 222, 251. — On rencontre aussi souvent les expressions *wāli al-ǧisr* (والي الجسر) ou *ṣāḥib al-ǧisr* (صاحب الجسر) servant à désigner les titulaires de la šurṭa à Bagdad, — *amr al-ǧisr* (امر الجسر) ou *amr al-ǧisrayn* (امر الجسرين) servant à désigner la fonction même (Ṭabari, éd. 1939, VII, 349, 175 ; VIII, 194, 212). C'était, en effet, à proximité des deux ponts de Bagdad que se trouvaient les sièges des deux postes de la šurṭa de cette ville.

A partir de la fin du IIIe s. h. au moins, les textes emploient, quelquefois, pour désigner la šurṭa, le terme *šiḥna* ( شحنة ) (ʿArīb, *Ṣilat* de Ṭabari, éd. 1939, 31 ; Ibn Ḫaldūn, III, 512 ; Ibn Šaddād, 263 ; Suyūṭi, *Ḥusn*, II, 18 ; Ibn Ḫallikān, II, 497 ), ou même *šaḥnakyya* ( شحنكية ) ( Ibn Ḫaldūn, III, 514 ). Le terme *šiḥna* désigne aussi le titulaire du poste ( Ibn Šaddād, 59; Ibn Ḫaldūn, V, 8, 61, 162, 156, 223, 435 ). Ce terme peut avoir signifié aussi : gouverneur d'une ville ou d'une province, comme le pense Quatremère ( *Mamluks*, II, 1re partie, 195, no 2 ). C'est dans ce sens que l'emploie Ibn Baṭūṭa ( éd. *égypt.*, II, 22 ). Mais ce n'est pas là son sens correct, semble-t-il, comme le relève le Dictionnaire *Tāǧ al-ʿarūs*, vo شحن . (2) Ibn Ḫaldūn, 251 ; Ḳalḳ., V, 139 ; Makkari, I, 103.

de la šurṭa aux califes musulmans sans être, cependant, d'accord sur le règne sous lequel l'institution aurait vu le jour. D'après les uns, la šurṭa remonterait aux Umayyades. Ainsi, Ya'ḳūbi rapporte que Mu'āwiya a été « le premier, en Islam, qui ait institué la šurṭa[1] ». Une autre opinion tend à rattacher l'institution à des origines plus anciennes, des origines purement arabes, contemporaines d'une époque où l'Islam ne subissait pas encore l'influence des institutions politiques des pays ouverts à la conquête. Ainsi, d'après Suyūṭi, ce fut le calife 'Uṯmān qui, le premier, désigna un *ṣāḥib šurṭa*, en la personne de Ḳanfaḏ[2]. Allant plus loin, Maḳrīzi rapporte une tradition d'après laquelle le calife Abū-Bakr aurait, pour la première fois en Islam, institué un agent chargé de faire des rondes, la nuit, dans la Mecque, pour poursuivre les individus suspects. C'était ce qu'on appelait le *'asas*, équivalent de la šurṭa[3]. Après Abū-Bakr, son successeur, Ibn Al-Ḫaṭṭāb faisait lui-même le 'asas, accompagné de son client, Aslam et, parfois, de 'Abd Al-Raḥmān ibn 'Awf[4].

Que l'organisme de la šurṭa ait existé dès la première époque de la conquête et de la formation de l'Etat arabo-musulman, c'est là un fait que l'on ne peut, à notre avis, mettre en doute. Outre les affirmations générales précitées, on rencontre dans la chronique des premières années de la conquête des textes très nombreux, qui mentionnent cet organisme comme un rouage essentiel de l'administration et indiquent diverses fonctions auxquelles il était affecté. Ainsi, en ce qui concerne l'Egypte, par exemple, les sources historiques les plus sûres révèlent l'existence de la šurṭa dès la conquête de cette province par 'Amr ibn Al-'Aṣ[5]. Le calife 'Umar ibn Al-Ḫaṭṭāb nomme des fonctionnaires pour les aḥdāṯ, (syn. de la šurṭa)[6]. Mu'āwiya eut un ṣāḥib al-šurṭa attaché à sa personne[7]. D'autres textes, aussi concluants, seront indiqués dans la suite de cet exposé.

De fait, il était tout naturel qu'une institution telle que la šurṭa apparût dès les origines de l'Etat : le maintien de l'ordre public est une des fonctions essentielles premières à l'organisation desquelles doit songer l'autorité supérieure.

Le terme « šurṭa », en général, désigne toute formation qui s'est distinguée particulièrement, par ses qualités, dans un groupement

(1) Ya'ḳūbi, II, 276. (2) Suyūṭi, *Ḫulafa*, 64. (3) Maḳrīzi, III, 362. (4) *Ibid*, (5) *Wulāt*, 10. (6) Balāḏuri, 82.
(7) Ṭabari, éd. 1939, IV, 243.

général. Plus largement, il désigne le corps d'élite, la troupe de choc, dans une armée[1]. M. Schacht pense que le terme provient du grec «Χωρτη lequel à son tour dérive du latin *cohort (em)*[2] ». Je ne saurais que reconnaître la pertinence de l'observation. Les Arabes auraient, ainsi, emprunté ce terme à la terminologie militaire, sinon à l'organisation de la force publique byzantine. C'est leur *šurṭat al-ḫamīs* ( شرطة الخميس ), littéralement : šurṭa de l'armée[3] suivant l'expression de certains textes.

Dans les premiers développements de l'Etat arabo-musulman, ce corps de troupes apparaît comme spécialement affecté à la sauvegarde de l'ordre politique, ayant pour mission de réprimer les insurrections et mater les dissidences. Un grand nombre de textes montrent la šurṭa engagée dans des opérations de ce genre, notamment contre les Alides, Zubayrites, Ḫariǧites[4].

Les troupes de la šurṭa sont désignées sous le nom d'armée ( جيش ), à l'instar des autres formations militaires[5]. Les commandants de la šurṭa sont appelés parfois du nom de « chef de guerre ( ولاة الحرب والشرطة )[6] ». Le nombre de ces troupes est élevé et dépasse de beaucoup les effectifs d'un corps chargé exclusivement de la police ordinaire : il s'agit souvent, pour une seule province, de 3000 à 4000 hommes[7].

Que ces mêmes troupes aient été employées à des fins autres que purement militaires, ce ne pouvait être qu'un fait tout naturel. As-

(1) Dict. *Tāǧ al-ʿarūs*, *Lisān al-ʿarab*, v° شرط ; Maṭrazi, *op. cit.*, v° شرطية.
(2) Compte-rendu de notre ouvrage même ( *Orientalia*, 1948, p. 517 ). (3) *Lisān al-ʿarab*, v^is شرط et خميس. (4) Ṭabari, éd. 1939, IV, 125, 144, 255, 297-302, 496, 515, 543, 554 ; Ibn Ḫaldūn, 104, 111. (5) *Ibid.* (6) *Wulāt*, 6.
(7) Ṭabari, éd. 1939, IV, 144, 168, 501. — Le caractère militaire de la šurṭa se maintient longtemps encore. Nous verrons, en étudiant les attributions de cet organisme, qu'au IV^e s. h., la šurṭa était employée souvent à des expéditions militaires, que les troupes de la šurṭa sont désignées du nom de جيش ( armée ), جند ( soldats ). Même plus tard, à l'époque fatimite, la terminologie reste encore révélatrice. Les chefs de la šurṭa portent aussi le nom de ولاة الحرب ( chefs de guerre ) ( Ḳalḳ., IV, 23 ). C'est encore avec ce caractère militaire que les Arabes concevaient la šurṭa chez les nations étrangères. Wāḳidi rapporte qu'un des chefs d'une armée lancée par Héraclius contre les Arabes était le chef de la šurṭa de cet empereur ( *Futūḥ al-buldān*, V, 1 ), ce qui confirmerait, encore, l'opinion précitée de M. Schacht.

surer la garde personnelle du souverain ou de gouverneur, assurer la police dans les villes, au sens strict du mot, rechercher les malfaiteurs et exercer même la répression contre eux, la šurṭa devait trouver dans son essence originelle les éléments appropriés pour lui permettre d'attirer à elle toutes ces attributions, pour, en définitive, s'y limiter.

## §. 3. — Organisation administrative

Il y a des postes de šurṭa dans tous les centres importants du territoire : capitale, chefs-lieux de provinces, agglomérations importantes. A la tête de chaque poste principal se trouve un *ṣāḥib al-šurṭa* qui relève du chef de l'Etat ou de son ministre ou du gouverneur de province. On peut suivre assez aisément le développement historique de cette organisation dans les diverses parties du monde musulman.

Avant les Umayyades, mais surtout à leur époque, les textes signalent l'existence de postes de šurṭa dans la capitale ainsi que dans les centres principaux du royaume[1].

Sous les Abbassides, l'organisme se développe. En raison des tâches multiples qui lui sont confiées, sa compétence territoriale, dans les grands centres, notamment dans la capitale, est fractionnée. Ainsi, on distingue, à Bagdad, deux šurṭa : la šurṭa de la partie est de la ville et la šurṭa de la partie ouest (شرطة الجانب الشرقي وشرطة الجانب الغربي)[2]. En principe, chacun de ces postes avait un titulaire distinct ; mais parfois ils étaient attribués à un même personnage.

Au Caire, on rencontre, à partir de la première moitié du IIe s. h., deux šurṭa, que les textes désignent du nom de *al-šurṭa al-'ulya* ou *šurṭat al-fawḳ* ou encore *šurṭat al-'askar* et *šurṭat al-asfal* ou *šurṭat al-madīna*. Les termes *'ulya* ( haut ) et *asfal* ( bas ), ainsi que certaine référence à l'organisation de la šurṭa en Espagne[3], pourraient faire croire, au premier abord, qu'il s'agissait d'organismes ayant autorité sur deux classes différentes de la population : la šurta

(1) Ṭabari, éd. 1939, IV, 130, 138, 164, 219, 229, 243 ; Ibn 'Asākir, V, 383 ; IV, 409 ; *Aġāni*, nouv. éd., II, 246, 422 ss. ); IV, 276 ; V, 74. (2) Lorsque les califes transfèrent la capitale à Samarra on y trouve aussi deux postes de šurṭa ( Ibn Ḫallikān, II, 421 ). (3) Cf. *infra*, 582.

'ulya, sur la classe supérieure, les militaires ( 'askar ) ; la šurṭat al-asfal, sur les classes inférieures. En réalité, il n'en est rien[1]. La seule distinction qui sépare ces deux šurṭa est constituée par la circonscription territoriale qui est assignée à chacune d'elles : — la *šurṭat al-'ulya* ( šurṭa supérieure ) ou šurṭat al-'askar est celle qui a autorité sur la partie supérieure du Caire, qui est appelée *'Askar* ( ou *Mu'askar* ) et qui avait été fondée dans les premières années du IIe s. h. ; tandis que la *šurṭat al-asfal* ( šurṭa du bas ) ou *šurṭat al-madina* ( šurṭa de la ville ) est celle de la partie inférieure du Caire, l'ancienne ville, connue aussi sous le nom de Fusṭāt[2]. Maḳrīzi dit, en effet, qu'après la fondation de 'Askar, une šurṭa y fut instituée, qu'on appela al-šurta al-'ulya. En l'an 136 h., les textes disent qu'un gouverneur d'Egypte Ṣabiḥ ibn 'Ali nomme un chef de šurṭa à Fusṭāt et un chef de ṣurṭa à 'Askar. Il s'agit, donc, simplement de deux postes de la même fonction.

Cette interprétation nous permet de mieux comprendre l'expression *šurṭat al-'askar* que l'on trouve aussi dans l'organisation de la šurṭa à Bagdad. Suivant l'apparence du texte, on pourrait croire qu'il s'agit d'un organisme qui avait spécialement compétence sur les militaires. En réalité, cette expression ne sert à désigner que le poste de la šurta de la partie de la ville de Bagdad, qui est principalement constituée par l'agglomération portant le nom de *'Askar Al-Mahdi* ou *'Askar* tout court[3].

Cependant, on rencontre, à Bagdad, dès le milieu du IIIe s. h., un organisme de šurṭa appelé *šurṭat al-ḫāṣṣa* ( شرطة الخاصة[4] ; — *ḫāṣṣ* : privé ). Probablement, c'était une formation spéciale de šurṭa qui devait avoir autorité sur une classe particulière de personnes, ceux qu'on appelait précisément الخاصة, c'est-à-dire les personnages de la cour et de l'entourage du souverain[5].

(1) On parle aussi, en des expressions corrompues, de la *šurṭa suflānyga* ( الشرطة السفلانية ) et de la *šurṭa fawḳānyya* ( الشرطة الفوقانية ) ( Balawi, 205 s. ). (2) Le terme de šurṭa est, par extension, employé pour désigner chacune des deux circonscriptions du Caire ( Kindi, 512 ). (3) Indiquons, toutefois, un texte de Ibn Ḫaldūn ( *Tārīḫ*, V, 478 ) où cet auteur relate « qu'anciennement, il y avait à Bagdad une petite šurṭa et une grande šurṭa ». (4) Ṭabari, éd. 1939, VII, 533 ; VIII, 114 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 344. (5) Cf., sur le sens de ce terme, un texte de Ṭabari : بايعه الهاشميون والخاصة ( VII, 593 ).

Les souverains avaient parfois des chefs de šurṭa attachés spécialement à leur per-

Il a existé à l'époque abbasside un poste distinct de šurṭa, spécialement affecté à l'exercice de la police au cours du pélerinage de la Mecque. On appelait le titulaire de ce poste والي طريق مكة واحداث الموسم[1] ou والي الاحداث بالموسم[2] ou والي الطريق[3] ou والي الموسم. C'était un poste recherché et qui était confié à des personnages de marque[4].

Pour la période abbasside comme pour la période umayyade, les auteurs citent la šurṭa parmi les fonctions les plus importantes de l'Etat. Dans la nomenclature de Ḳalḳašandi, elle vient en quatrième rang dans la hiérarchie officielle[5]. En province, le ṣāḥib al-šurṭa vient immédiatement après l'émir ou gouverneur.

Sous les Fatimites, on retrouve la même fonction. Elle porte, aussi, le nom de *wilāyat al-šurṭa* ou de *wilāya*, tout court[6]. L'ancienne division de la šurṭa en šurṭat 'ulya et šurṭat al-asfal a disparu. Mais il y a toujours une šurṭa distincte pour chacune des deux parties du Caire : l'ancienne ville, *Miṣr* (مصر) et la ville nouvellement bâtie, *Ḳāhira* (القاهرة). La šurṭa de Ḳāhira est la plus importante[7]. Dans la hiérarchie administrative et militaire, ces fonctions occupent respectivement les huitième et neuvième rangs.

Dans le royaume mamluk, la même organisation subsiste, sauf que, pendant un certain temps, une šurṭa distincte fut instituée pour le quartier de Ḳurāfa, dans la capitale. Mais, à l'époque de Ḳalḳašandi, cet organisme fut absorbé par celui de Miṣr. Les titulaires de la šurṭa s'appellent, comme à l'époque fatimite, *wāli* ou, même, *wāli al-ḥarb* (ولاة الحرب)[8]. Dans la hiérarchie compliquée de l'Etat, la šurṭa occupe le vingt-cinquième rang[9].

Dans chacun des chefs-lieux des vice-royautés de l'empire mamluk, comme à Damas, Alep, Ḥama, Tripoli, Ṣafad, on trouve aussi

sonne. Manṣur (Espagne) avait un صاحب شرطة خاص به (Maḳḳari, I, 194). Adde *supra*, 577, n. 7.

(1) Ṭabari, éd. 1939, VII, 381. (2) Ṭabari, éd. 1939, VII, 324, 338, 373. (3) Ṭabari, éd. 1939, VIII, 101 ; *Ṣilat*, 41. (4) Ṭabari, éd. 1939, VII, 324, 330. (5) Ḳalḳ., V, 450. (6) Ḳalḳ. semble distinguer entre la šurṭa et la fonction المعاون والاحداث. (X, 308). (7) Ḳalḳ., III, 484. (8) Ḳalḳ., IV, 23 ; Ibn Al Ǧawzyya, *Al-ṭuruḳ al-ḥukmyya*, 219. (9) Ḳalḳ., IV, 22.

un poste de *wilāyat al-madīna* ( ولاية المدينة ), qui correspond à celui de la šurṭa du Caire[1].

Dans l'Espagne musulmane, sous les Umayyades, la šurṭa acquiert encore une très grande importance. De bonne heure, il y a deux šurṭa : la šurṭa supérieure ( الشرطة العليا ) ( on dit encore : la grande šurṭa الشرطة الكبرى ) et la šurṭa inférieure ( الشرطة السفلى ) ( on dit encore : la petite šurṭa الشرطة الصغرى )[2]. En l'année 317/929, un troisième organisme, intermédiaire, est créé, qu'on appelle : *la šurṭa moyenne* ( الشرطة الوسطى )[3], mais qui ne semble pas avoir eu grande importance et subsisté longtemps. En tout cas, ibn Ḫaldūn ne mentionne que les deux premiers. L'autorité de la šurṭa supérieure s'exerce sur les personnages de qualité et, en particulier, les dignitaires de l'Etat ; tandis que les autres classes de la population étaient soumises à la petite šurṭa[4]. Sans doute, la šurṭa moyenne, pendant la période où cet organisme a existé, était réservée à la police de la classe moyenne[5].

Jusqu'au VIe s. h., tout au moins, la šurṭa reste distincte de la fonction de ṣāḥib al-madīna, comme cela ressort notamment d'un texte de Ibn 'Abbās ( † 595/1198 ) lequel mentionne séparément les deux fonctions[6]. Mais Maḳḳari nous apprend qu'elles ont été confondues et que le titulaire de la šurṭa fut dorénavant connu sous le nom de ṣāḥib al-madīna[7]. Ibn Ḫaldūn confirme le renseignement[8].

(1) Ḳalḳ., IV, 187, 219, 234, 238, 240. (2) Il ne faudrait pas établir un rapprochement, en raison de l'analogie des appellations, entre ces organismes de šurṭa et la šurṭa 'ulya et la šurṭat-al-asfal d'Orient ( *supra*, 579 ). (3) Ibn 'Iḏari, II, 216. (4) Ibn Ḫaldūn, 251. En tout cas, il ressort de ce même texte que la petite šurṭa était hiérarchiquement subordonnée à la grande šurṭa. (5) Cf. sur ces trois šurṭa, Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 155 ss. (6) Ibn Abbār, *Ḥulla*, 124. — Toutefois, il semble bien ressortir d'un texte de Ibn Ḥayyān que, déjà vers la fin du IIIe s. h., sous le califat de 'Abdallah ibn Muḥammad, le titre ṣāḥib al-madīna était parfois appliqué au chef de la šurṭa. Parlant d'un gouverneur dissident de Séville, l'auteur rapporte qu'il institua dans cette ville un juge et « un ṣāḥib madīna chargé de l'exercice de la répression » ( Ibn Ḥayyān, III, 11 ). (7) Maḳḳari, I, 103. (8) Ce fait de la monopolisation du titre *ṣāḥib al-madīna* ( administrateur, chef de la ville ) par le chef de la šurṭa, dans l'Espagne musulmane, est analogue au fait qui s'est produit en Egypte et en Syrie, où, comme on l'a vu, le chef de la šurṭa porte le nom de *wāli al-madīna* ou, simplement, *wāli*. Lévi-Provençal fait des réserves quant à l'identité entre la fonction de la šurṭa et celle de *ṣāḥib al-madīna* ( *op. cit.*, 154 s., 158 ).

Dans le royaume almohade, de Tunisie, la fonction du *ḥāfiẓ* (حافظ) correspond à la šurṭa des autres pays ; et elle figure au sixième rang dans la hiérarchie administrative et militaire[1]. Et la même organisation se retrouve au Maroc[2].

Quoi qu'il soit de ces classifications officielles, il paraît certain qu'en fait, le poste de chef de la šurṭa, spécialement dans la capitale, était un des postes les plus en vue de l'Etat. On passe normalement de cette fonction à celle de ministre ; nous verrons plus loin, d'autres manifestations de son importance. Voici, pour le moment, une formule extraite d'un texte de Ibn Ḫaldūn, qui révèle, d'une façon générale, cette importance. « Les princes désignaient à la šurṭa les grands chefs militaires ou les grands parmi leurs clients favoris... C'étaient les grands personnages de l'Etat qui pouvaient y accéder, à tel point que la nomination à la šurṭa qualifiait son titulaire à briguer le poste de la wazāra ou de la hiǧāba etc...[3] ».

(1) Ḳalḳ., V, 139. (2) Ḳalḳ., V, 203. (3) Ibn Ḫaldūn, 210. Rapportant la promotion d'un ḳāḍi au poste de chef de la šurṭa, en Espagne, un chroniqueur relève la grande importance accordée à la šurṭa, reconnue ainsi supérieure à la magistrature même (Ibn Al-Ḫaṭīb, 255). Le nom d'une personne qui a été chef de šurṭa est immédiatement retenu et indiqué comme celui d'un grand personnage de l'Etat (Ibn Al-Ḫaṭīb, XIII, 137). La nomination à un poste de šurṭa exigeait chez le candidat de grandes qualités de force morale et physique (Ibn Ḫaldūn, 218). En 132 h., le poste de chef de la šurṭa à Bagdad ayant été offert à un personnage, celui-ci se récuse en faisant valoir précisément qu'il ne possède pas la force et l'autorité suffisantes pour tenir en main les troupes qui lui seraient confiées (Ṭabari, éd. 1929, VI, 106). Comme les agents de la force publique de tous les temps et de tous les pays, les agents de la šurṭa, en Islam, sont connus pour leur manque de douceur dans l'exercice de leurs fonctions. Si l'on entend frapper à une porte d'une façon brutale, le maître de la maison, pour relever cette façon de se faire annoncer, dit à son domestique : « Va voir qui est-ce qui frappe à la porte comme frapperaient des agents de la šurṭa (انظر مـــن يدق الباب دقّ الشرط) (*Aġāni*, nouv. éd., III, 169, 244 ; VI, 244).

Les mœurs de ces agents donnent lieu à beaucoup de critiques ; leur réputation est franchement mauvaise. Les agents de la šurṭa profitent, souvent, eux-mêmes, des troubles pour commettre les pires excès ('Arīb, *Ṣilat*. 26). Le peuple traduit son jugement par des expressions proverbiales ou des ḥadīṯ. Le Prophète aurait déjà dit que « les agents de la šurṭa sont les chiens de l'enfer » (Ibn Al-Ḫaṭīb, X, 298). Le terme *ašrāt*, dérivé de *šurṭa*, finit par signaler, tout à la fois, vaurien et méchant (رذل) (*Tāǧ al-'arūs* v° شرط). Un juge de Bagdad, de la fin du IIIe s. h., avait eu recours à un moyen malhonnête en vue de donner une sanction apparemment légale à la confiscation par le calife des biens d'un personnage tombé en disgrâce : un poète stigmatise ce magistrat en disant que les chefs de la šurṭa mêmes ne seraient pas capables d'une telle action ليس هذا فعل القضاة ولا يحسن امثاله ولاة الجسور (Ṭabari, éd, 1739, VIII, 212).

Poste éminent dans l'Etat, la nomination d'une personne à la šurṭa de la capitale donnait lieu à une cérémonie d'installation sur laquelle nous possédons quelques renseignements, relatifs à la période abbasside, au IVe s. h.. Il était fait don au nouveau titulaire d'un costume d'apparat, et d'un bâton en or[1]. Son nom était dès lors inscrit sur les bannières qui décoraient le siège de la fonction et les lances et boucliers qui y étaient exposés[2].

Le siège des bureaux de la šurṭa est un des plus importants sièges administratifs. De bonne heure, à l'époque abbasside, il existe à Bagdad deux hôtels de la šurṭa (مجلس الشرطة) affectés à chacune des deux šurta de la capitale. L'hôtel de la šurṭa, au Caire, jusqu'au VIe s. h., portait le nom de *dār al-ma'ūna*[3]. En Espagne, dans la deuxième moitié du IVe s. h., les bureaux de la šurṭa se trouvaient au palais même du souverain. A l'entrée du palais que se fit construire Manṣūr, à Cordoue. en 358 h., il installa un siège pour le titulaire de la šurṭa[4].

La šurṭa est une fonction en principe administrative. L'organisme qui exerce cette fonction est placé généralement sous l'autorité d'un chef hiérarchique ; c'est le wāli ou ḥākim ou ṣāḥib al-šurṭa etc... qui concentre entre ses mains, dans un ressort déterminé, tous les pouvoirs. Dans la répartition des fonctions publiques en fonctions d'épée, de plume et religieuses, au cours des périodes fatimite et mamluk, la šurṭa figure toujours dans la catégorie des fonctions d'épée (وظائف ارباب السيوف)[5]. Entendons par là les fonctions qui relevaient tout à la fois de ce que nous appellerions aujourd'hui le pouvoir exécutif civil et le pouvoir militaire. Ibn Ḫaldūn dit aussi que la fonction de la šurṭa est toujours subordonnée au *ṣāḥib al-sayf* (هي وظيفة مرؤوسة لصاحب السيف) c'est-à-dire au plus haut personnage après le souverain dans la hiérarchie politique de l'Etat, tel que le ministre ou le kafīl al-salṭana[6]. Dans un autre texte, Ibn Ḫaldūn ran-

(1) Ṭabari, éd. 1939, VI, 46. — Comme pour les fonctions judiciaires, et aux mêmes époques, la nomination à la šurṭa se faisait par affermage ( Abū Al-Maḥāsin, III, 328 ).
(2) Ṭabari, éd. 1939, VIII, 154 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 328. — En cas de destitution d'un ṣāḥib al-šurṭa, son nom était effacé des insignes de la fonction ou bien ces insignes étaient eux-mêmes descendus et détruits ( *Ibid.* ). (3) Ibn Šaddād, 263.
(4) Makkari, I, 275. C'est naturellement le chef de la šurṭa qui possède ce privilège (Ibn Ḫaldūn, 210 ). (5) Ḳalk., III, 482 et ss. ; IV, 16 et ss. (6) Ibn Ḫaldūn, 251.

ge la šurṭa dans la catégorie des fonctions d'épée, opposées aux fonctions de plume ou proprement administratives[1]. Cependant, le même Ibn Ḫaldūn, dans un autre passage, range la šurṭa dans les fonctions religieuses ( هي وظيفة اخرى دينية ) qu'il assimile, à ce point de vue, à la justice, la prière, etc.[2]. Mais cet auteur ne donne pas de justification de son idée. Peut-être, est-ce en raison de ce que la šurṭa a également pour attribution d'appliquer les peines fixes ( *ḥudūd* ) instituées par la loi religieuse. En tout cas, on doit remarquer que — tout au moins, dans certains pays, comme en Espagne — les ṣāḥib al-šurṭa cumulent souvent, avec leurs fonctions propres, des fonctions de caractère spécifiquement religieux, comme la direction de la prière du vendredi, la prédication ( ḫuṭba ), l'administration des waḳf[3].

Fonction administrative, la šurṭa ne semble pas avoir été une fonction centralisée[4]. Il ne paraît pas avoir existé dans l'Etat islamique un organe général directeur ayant sous son autorité et sa dépendance directes les divers organismes de la même fonction qui exercent leur activité sur les divers points du territoire. Le chef de la šurṭa de la capitale n'a autorité que dans le ressort de cette capitale. Sans doute, pouvait-il avoir une compétence territoriale plus étendue ; mais cela devait résulter d'une concession expresse de l'autorité supérieure. De fait, on voit beaucoup de diplômes de nomination reconnaissant autorité, surtout aux chefs de la šurṭa de la capitale, sur divers autres ressorts. Il doit être tenu compte aussi du pouvoir du souverain de désigner lui-même les titulaires de la šurṭa dans chaque province. Mais, en principe, le ṣāḥib al-šurṭa de la province relève directement et exclusivement du gouverneur de cette province. C'est le gouverneur qui le choisit et c'est lui qui le destitue, sans référence au pouvoir central. Les textes sont très nets sur ce point. Ainsi, dans la chronique des gouverneurs d'Egypte, les textes mentionnent expressément le choix que fait chacun de ces gouverneurs, des chefs de la šurṭa de la province ou leur licenciement par lui; l'on ne trouve nulle part que le fonctionnaire frappé ou disgrâcié en ait référé au pouvoir central. Cette dépendance person-

(1) Ibn Ḫaldūn, 235-236. (2) Ibn Ḫaldūn, 222. (3) Ibn Baškuwāl, 91, 495. (4) Réserve faite de la coutume de l'attribution de la šurṭa — comme d'autres importantes fonctions — à de hauts personnages ( ministres, chefs de la garde etc. ). Les divers agents de la šurṭa tenaient, alors, d'eux leurs pouvoirs par délégation.

nelle du chef de la šurṭa à l'égard du gouverneur se manifeste dans le langage. Les sources — surtout aux époques umayyade et abbasside — ne disent pas : le chef de la šurṭa de telle province, mais : le chef de la šurṭa de tel gouverneur ( صاحب شرطته ).

Mais ces règles ne sont pas absolues. Souvent, à l'époque abbasside, en particulier, les chefs de la šurṭa de province sont désignés directement par Bagdad. Ainsi, sous le calife Mutawakkil, c'était Bagdad qui « nommait, dit Ya'ḳūbi, les agents de ma'āwin ( šurṭa ) dans tout l'univers[1] ».

Toujours comme organe administratif, la šurṭa se trouve placée dans la stricte obédience de la hiérarchie ; quoique constituant un organisme distinct dans l'administration, la šurṭa ne possède pas un pouvoir propre de décision. En principe, les attributions exercées par la šurṭa appartiennent, en propre, au chef administratif supérieur, l'agent de la šurta n'est qu'un agent délégué d'exécution. Aussi voit-on souvent des gouverneurs de province et autres supérieurs hiérarchiques exercer en fait eux-mêmes ces attributions, notamment, la justice répressive ; et c'est pourquoi, la doctrine énumère, parmi les attributions propres des gouverneurs de province l'exercice de la répression[2].

A l'instar des autres fonctions publiques, la šurṭa est susceptible de délégation. Ainsi les titulaires de postes importants comme les chefs de la šurṭa, dans la capitale et dans les chefs-lieux de province, avaient des vicaires[3].

Quoique la šurṭa soit une fonction essentiellement administrative, son titulaire joue, souvent, du fait qu'il dispose de la force armée, un rôle politique considérable. En période normale, déjà, les chefs de la šurṭa font partie du collège électoral qui procède à l'élection du calife[4]. A plus forte raison, aux époques de troubles politiques intérieurs, de faiblesse de l'autorité suprême, la šurṭa s'immisce dans les grandes affaires de l'Etat. Elle exerce une grande activité,

(1) Ya'kūbi, II, 577. Cf. des cas particuliers : 'Arīb, *Ṣilat*, éd. de Gœje, 58, 138.
(2) Matarzi, V° شرطية . Mais souvent, en fait, la šurṭa absorbe la fonction du chef supérieur. Le ṣāḥib al-šurṭa devient lui-même le véritable administrateur de la ville. Un auteur de la deuxième moitié du VI^e s. h., et du début du VII^e s. définit le terme « ṣāḥib al-šurṭa » par : gouverneur d'une ville. Il justifie cette définition en disant : « parce que « toutes les affaires spirituelles et temporelles étaient alors de la compétence du ṣāḥib « al-šurṭa ». L'auteur indique, cependant, qu'à son époque, en Orient, il n'en était pas ainsi.
(3) Ibn Ḫallikān, II, 421 ; Ṭabari, éd. 1939, VIII, 158 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 259.
(4) Makkari, 1, 183 ; Ṭabari, éd. 1939, VII, 528.

prépondérante et décisive, dans les révolutions de palais : les chefs de la šurṭa, à Bagdad, à l'époque de la décadence abbasside, font et défont les califes. C'est pourquoi, les califes prennent soin de ne désigner à ces postes que des personnes qu'ils jugent leur être dévouées et qu'ils choisissent, souvent, parmi leurs affranchis[1]. Aussi, lorsqu'un prétendant veut renverser le monarque régnant alors qu'il ne s'est pas assuré la complicité ou la neutralité des chefs de la šurṭa, il cherche d'abord, comme pour réduire le plus grand obstacle qui s'oppose à ses desseins, à faire assassiner ces défenseurs attitrés du monarque[2]. Et lorsque la personnalité du souverain est effacée ; qu'il tombe sous la coupe d'une faction politique, le premier soin de celle-ci est de désigner au poste de chef de la šurta un individu de son choix[3].

Le poste de chef de la šurṭa est, donc, dans les relations de ce fonctionnaire avec l'autorité supérieure, un poste de confiance. Aussi dit-on que les agents de la šurṭa sont « les hommes de confiance du sultan (عمّال المعاون ثقات السلطان)[4] ». Ils sont, avec les chefs de sa garde personnelle, ses favoris, ses intimes (خاصّة امير المؤمنين)[5]. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, les ṣāḥib al-šurṭa changent, en province, avec chaque gouverneur. C'est pourquoi, aussi, le gouverneur choisit, souvent, son ṣāḥib al-šurṭa dans sa parenté la plus proche, fils, frères, neveux[6].

Collaborateur immédiat du gouverneur dans l'exercice de l'autorité pour le maintien de l'ordre public, le ṣāḥib al-šurṭa est naturellement appelé à suppléer le gouverneur dans tous les cas où celui-ci se trouve empêché d'exercer ses fonctions. Ainsi, en 124 h. et en 125 h., le gouverneur d'Egypte, Abū-'Awn, ayant dû s'absenter du Caire. à deux reprises, transmit, les deux fois, les pouvoirs à son ṣaḥib al-šurṭa, 'Ikrima ibn 'Abdallah[7]. En 141 h., Muḥammad ibn Aš'aṯ se fait suppléer par son ṣāḥib al-šurta, Muḥammad ibn Mu'āwiya[8]. En cas de décès du gouverneur, le ṣāḥib al-šurṭa assure

(1) Ṭabari, éd. 1939, VII, 353. (2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, IV, 149.
(3) Ainsi, Nāzūk qui, sous le califat de Muktadir, est nommé chef de la šurṭa de Bagdad par le tout-puissant Mu'nis (Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 380). (4) Ṣābi', 57.
(5) Ṭabari, éd. 1939, VI, 277. — D'après une tradition, une des deux personnes que Mu'āwiya, sur son lit de mort, fait appeler pour leur confier son testament par lequel il instituait son fils Yazīd comme son successeur, est son chef de la šurṭa (Ṭabari, éd. 1939, VI, 238). (6) Ṭabari, éd. 1939, V, 614 ; VI, 355 ; Abū Al-Maḥāsin, II, 71, 92, 171, 204, 212, 255 ; I, 314, 316. (7) Abū Al-Maḥāsin, I, 325.
(8) Abū al-Maḥāsin, I, 346.

souvent, lui-même, l'intérim du gouvernement de la province jusqu'à la nomination du nouveau titulaire[1].

Cette situation du ṣāḥib al-šurṭa lui ouvre vocation toute naturelle au poste de gouverneur de province : l'avancement que reçoit un ṣāḥib al-šurṭa consiste souvent à être nommé à ce poste[2].

---

## Section III. — Les attributions de la surta

Les orientalistes qui se sont occupés de l'institution de la šurṭa sont unanimes pour la représenter comme une institution de police. Dans son *Supplément* aux dictionnaires arabes, Dozy définit le ṣāḥib al-šurṭa ou wāli al-aḥdāṯ : « Préfet de police, proprement : celui qui « est chargé de faire cesser les troubles et de punir ceux qui les exci- « tent[3] ». D'après l'*Encyclopédie de l'Islam*, les fonctions de ṣāḥib al-šurṭa « correspondaient à celles d'un chef de la police actuelle[4] ». D'après Van den Berg, le ṣāḥib al-šurṭa « était, à l'origine, comman- « dant en chef des gardes du corps sous les califes, mais devient « bientôt une sorte de commissaire de police spécial à la capitale et « que l'on chargeait d'exécuter les ordres du prince, particulièrement, « les sentences de mort[5] ». Dans le *Précis de l'histoire de l'Egypte*, le terme de ṣāḥib al-šurṭa est toujours traduit par celui de préfet de police. La même traduction se trouve chez Wiet et Lévi-Provençal[6]. De Gœje définit les agents de la šurṭa, des huissiers et inspecteurs de police[7]. Il est vrai que la plupart de ces auteurs ne se contentent pas de cette définition, puisqu'ils y ajoutent des indications sur le rôle de la šurṭa, comme organe de répression.

De telles formules pourraient ne pas donner une idée exacte et

(1) Ibn Ḫaldūn, III, 186. (2) Cf. des cas dans ce sens : Abū Al-Maḥāsin, I, 277, II, 57 ; Ya'kūbi, II, 554, 597. (3) Dozy, *Supplément*, v° حدث ; *adde*, v° معونة. (4) V° *šurṭa*. (5) Van den Berg, *Principes*, 242. (6) Wiet, *Mémoire de l'institut français d'archéologie*, t. LII, 1929, 58 ; Lévi-Provençal, *l'Espagne musulmane*, 92. (7) Beladzori, *Glossaire*, v° حدث.

complète de l'institution ; l'indication des attributions exercées effectivement par elle, avec la référence aux origines historiques de cet organisme, est donc nécessaire.

En réalité, les attributions de la šurṭa, qui se ramènent toutes à la fonction tout à fait générale du maintien de l'ordre public, par l'exercice de la force publique, et qui ont toujours été confondues, comprennent aussi bien des attributions de police proprement dite que d'autres attributions de natures diverses. On pourrait les classer en quatre catégories : 1° attributions de police ; 2° attributions de juridiction répressive, comportant le pouvoir de poursuite et de jugement ; 3° un pouvoir exécutif, consistant dans l'application des peines et l'exercice de l'administration pénitentiaire ; 4° un pouvoir exécutif, consistant à prêter main-forte aux magistrats judiciaires pour l'accomplissement des actes de procédure et l'exécution des jugements.

## §. 1er — La police

La notion de police, en matière de šurṭa, est considérablement plus large que la notion moderne du même nom. La police qu'assure la šurṭa est, tout d'abord, une police militaire. La šurṭa, en Islam, a continué pendant longtemps à servir d'instrument au pouvoir établi pour réprimer les dissidences et insurrections ou, même, parfois, pour entreprendre de nouvelles conquêtes. Les chefs de la šurṭa disposent toujours, à cet effet, de véritables armées ; les expéditions qu'ils entreprennent sont des expéditions militaires[1].

En second lieu, tout ce qui rentre dans la notion moderne de police, entendue dans son sens le plus général ( police administrative et judiciaire, police des villes et des campagnes ), constitue autant d'attributions de la šurṭa : prévenir la perpétration d'infractions, rechercher et arrêter les coupables, maintenir l'ordre et la tranquillité dans la rue et les lieux publics, dans les villes et en dehors des villes.

(1) Cf. quelques cas qui illustrent cet aspect de l'institution, à l'époque abbasside : Ṭabari, éd. 1939, VI, 124, 463, 466 ; VII, 425 ; VIII, 213, 230 ; ʿArīb, *Ṣilat*, 3, 77 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, V, 78, 562. — Lorsqu'un souverain veut adresser des ordres comminatoires à des seigneurs trop turbulents, dont la fidélité lui donne des motifs d'inquiétude, il confie parfois cette mission aux chefs de la šurṭa ( Yaʿkūbi, II, 555 ).

Si l'on joint au rôle de la police moderne celui de la gendarmerie, on aura une idée à peu près exacte de cet aspect de la fonction de la šurṭa. Sans doute, ces attributions n'ont pas été ainsi analysées par le droit public musulman, et rangées en des chapitres distincts, parmi les prérogatives diverses de la šurṭa. Elle se confondent dans le rôle général de l'institution, qui consiste, suivant la définition qu'en donnent les anciens auteurs, à rechercher les suspects, à maintenir l'ordre public. D'après les diplômes de nomination les ṣāḥib al-šurṭa sont chargés de « rechercher les gens sans aveu[1], d'assurer la tranquillité des habitants de la ville, de ne laisser aucun repos aux méchants[2] ».

Une des fonctions les plus importantes de la šurṭa, à cet égard, consiste dans le guet ( *'asas* العسس ou *ṭuwāf bil layl* الطواف بالليل ). Certains auteurs. comme Maḳrīzi, appliquent même le nom de 'asas à la šurṭa d'une façon générale[3]. On appelle indifféremment le ṣāḥib al-šurṭa *ṣāḥib al-layl* (صاحب الليل) ( préfet des vigiles )[4]. Le guet est organisé : trois factions se partagent la garde durant la nuit ; il y a une première, une deuxième et une troisième *'assa* ( عسّة ). Ṣābi' rapporte que le ministre abbasside Ibn Al-Furāt, après avoir nommé Mu'nis à la šurṭa, institua un certain nombre d'agents chargés de « parcourir la ville ( Bagdad ), la nuit, pour arrêter les individus suspects et les vauriens ( اهل الدعارة ) et toutes personnes qui s'apprêteraient à cambrioler une maison ou à voler un bien[5] ». Le ṣāḥib al-'asas ou agent du guet poursuit les ivrognes qui circulent la nuit dans les rues. Ainsi, à Médine, le poète Ibn 'Abdal, de l'époque umayyade, est surpris et arrêté par les ṣāḥib al-'aṣaṣ[6]. A la même époque, une mésaventure analogue arrive au poète de Ibn Sayḥān[7]. Vers le milieu du IIe s. h., une personne qui, de son domicile, manifeste au dehors trop bruyamment son ivresse, est appréhendée par les agents de 'asas[8]. Cette fonction du guet est même érigée en fonction distincte, dépendant de la šurṭa ; c'est « la fonction des rondes de nuit » ( خطة الطواف بالليل )[9].

(1) Ḳalk., X, 22, 38. (2) Ḳalḳ., X, 351. (3) Makrīzi. III, 362. (4) Cf. *supra*, 576. (5) Ṣābi', 23. (6) *Aġāni*, nouv. éd. II, 422. (7) *Aġāni*, nouv. éd. II, 248. (8) Ibn Ḫallikān, II, 218. — Le 'asas a également pour attribution, tout au moins dans certaines grandes villes comme le Caire, la lutte contre les incendies ( Makrīzi, III, 168 ). (9) Makkari, I, 103. Chaque rue, dans les villes d'Espagne, raconte Makkari, a des portes, qu'on ferme la nuit et, à

Dans certaines diplômes de nomination, on recommande aux chefs de la šurṭa d'exercer une surveillance constante sur les *ṣāḥib al-rub'*, lesquels ont, au surplus, l'obligation de leur communiquer tous renseignements et secrets qui arriveraient à leur connaissance[1].

La šurṭa veille à l'observation de l'ordre dans la rue. Les jours de grande foule, les agents se trouvent présents sur les lieux, pour prévenir les désordres[2]. Si un gouverneur interdit la circulation dans les rues, la nuit, c'est les agents de la šurṭa qui sont naturellement chargés de faire observer cet ordre[3]. Si des troubles, des émeutes, se préparent, ces mêmes agents sont postés à tous les coins de rues[4]. On les charge de disperser des attroupements qui, par exemple, à l'occasion de l'avènement d'un calife, menacent d'exercer une activité dangereuse et de provoquer des troubles[5]. Nous avons vu que lorsqu'à l'occasion des cérémonies d'intronisation des ḳāḍi, de grands cortèges les accompagnent, en procession, à travers les rues de la ville, les agents de la šurṭa entourent le nouveau magistrat tant pour le protéger lui-même que pour éviter tout désordre dans la foule[6]. Ils appréhendent les individus surpris, en public, en état d'ivresse ou simplement en train de boire[7]. En cas de rixe entre les partisans de madhab différents, la šurṭa intervient et protège par la force les personnes attaquées[8]. Elle intervient et rétablit l'ordre en cas d'émeute populaire de toute sorte[9]. Elle défend les villages contre les bandes pillardes[10]. Elle fait la police des vagabonds et des apaches dans les villes[11].

La charge de protection de la personne du prince ou du gouverneur apparaît dès les origines dans les attributions de la šurṭa. Les textes représentent souvent Ziyād ibn Abīhi, dans ses déplacements

chacune d'elles, est posté un veilleur en armes, portant une lanterne et accompagné d'un chien. (Makkari, *eod. loc.*). Cf., pour le nom des agents du guet en Espagne, *supra*, 576, n. 1.

(1) Ḳalk., X, 351. (2) Ibn Al-Ḫaṭīb, I, 110. (3) Ṭabari, éd. 1939, IV, 167. (4) Ṭabari, éd. 1939, IV, 279. (5) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 290. (6) Cf. *supra*, (7) Ibn Ḫallikān, II, 292; *Aġāni*, nouv. éd., VI, 267; Nuwayri, IV, 52. (8) *Kitāb iḫtilāf al-fuḳaha*, éd. Kern. *Introd.*, 8. (9) Ṭabari, éd., 1939, VIII, 149. (10) Ṭabari, éd. 1939, VIII, 196. (11) 'Arīb, *Ṣilat* al-Ṭabari, 75; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 514.

dans la ville de Kūfa, précédé des chefs de la šurṭa[1]. D'après une tradition rapportée par Ibn Ḫaldūn, ce serait à ce même Ziyād que remonterait la coutume, devenue courante en Islam, chez les princes et les gouverneurs, de se faire accompagner par leurs agents de la šurta, portant la lance et le bâton, insignes de leurs fonctions[2]. Ṭabari rapporte que lorsque Ziyād, nommé au gouvernement de l'Irak, se dirigea vers la capitale, Kūfa, il eut l'intention d'abord d'y faire son entrée sous la protection de deux milles des agents de la šurta[3]. Vers la même époque, à Médine, un individu s'étant mis en travers du chemin que suivait le gouverneur de la ville, Marwān ibn Al-Ḥakam, c'est le ṣāḥib al-šurta de ce dernier, qui, immédiatement, écarte le passant irrespectueux[4].

Le gouverneur 'Ubaydallah, craignant une émeute populaire à la suite d'un châtiment qu'il avait fait subir à un de ses administrés, ne va plus à la mosquée qu'entouré des agents de la šurta[5]. Le calife 'Abd Al-Malik ibn Marwān se fait accompagner par une force de šurta à la mosquée[6]. Lorsque le gouverneur d'Egypte, 'Isa ibn 'Ulayy, du milieu du IIe s. h., se rend à pied, à la mosquée, il est accompagné par son ṣāḥib al-šurta, portant la lance[7]. A l'intérieur même des mosquées, la šurta veille sur la sécurité de ses maîtres. Mu'āwiya aurait été le premier à se faire accompagner à la mosquée d'agents de la šurta, pour le protéger pendant sa prière[8].

Pour caractériser ce service de protection de la personne, des textes de la première moitié du IIe s. h. parlent de « la šurta qui se tient près du gouverneur » ( كان على شرطه يقوم على رأسه )[9]. Rapportant l'entrée du calife Mahdi, à Baṣra, en l'an 169 h., la chronique le représente précédé par le chef de la šurta[10]. Le calife Mutawakkil se faisait précéder par son chef de la šurta et le vicaire de celui-ci, le premier portant « la lance du Prophète » et le second portant une autre lance[11].

(1) Ṭabari, éd. 1939, IV, 168. (2) Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 9. — Le privilège de se faire précéder par un agent de la šurṭa, porteur d'une lance, est un insigne de souveraineté ou, tout au moins, de haut rang ; de telle sorte que si le prince veut abaisser un haut personnage aux yeux du public il le prive de ce privilège ( Ṭabari. éd. 1939, VI, 423 ). (3) Ṭabari, éd. de Gœje, II, 88. (4) Ibn 'Asākir, VI. 409. (5) Ṭabari, éd. 1939, IV, 254. (6) Ibn Sa'd, V, 172. (7) Abū Al-Maḥāsin, II, 26. (8) Ṭabari, éd. 1939, IV, 115. (9) Ṭabari, éd. 1939, V, 601. (10) Ṭabari, éd. 1939, VI, 405. (11) Ṭabari, éd. 1939, VII, 381.

Cette fonction que remplit la šurta a fait que dans une opinion, on a représenté cet organisme comme « la garde particulière » du calife à Damas et à Bagdad[1]. Il ne nous semble pas que la šurta ait jamais eu ce caractère si particulier et restreint. Le rôle qu'elle remplissait en veillant à la sécurité personnelle des hauts personnages, princes, gouverneurs, ne constituait pas l'exercice d'une fonction distincte, mais un aspect de ses attributions normales de gardienne de l'ordre et de la sécurité publics. Or, il a existé, dans les Etats musulmans, un organisme constituant vraiment et tout spécialement la garde de corps des princes et des gouvernenrs, distinct de la šurta. C'est le *ḥaras* (حرس). Dès les origines, les textes font une distinction très nette entre les deux organismes. La tradition qui attribue à Mu'āwiya la paternité de l'institution du *ḥaras* spécifie bien qu'à côté du chef de ce corps et ne se confondant pas avec lui, il existait auprès de ce souverain une šurta[2]. Des textes nombreux parlent des agents de la šurta et des agents du ḥaras, sans les confondre[3]. A propos de plusieurs califes et gouverneurs, ils mentionnent, d'une part, le nom de leur chef du šurta, d'autre part, le nom de leur chef de ḥaras[4]. Être muté du poste de chef de ḥaras au poste de chef de la šurta constitue un changement de fonction[5].

C'est la šurta aussi qui est chargée de l'application de ce que nous appellerions aujourd'hui les règlements de police, de veiller à la police des mœurs. Les agents de la šurta débarrassent les rues des individus qui s'y installent, gênant ainsi la circulation[6]. Vers le milieu du III^e s. h., un gouverneur d'Egypte ayant interdit aux femmes de se rendre aux bains publics et aux cimetières, c'est le ṣāḥib al-šurṭa qui veille à l'exécution de cet ordre. C'est lui qui poursuit les pleureuses et les hommes suspects de galanterie à l'égard des femmes[7]. En l'an 284 h., l'autorité supérieure, ayant, par crainte de désordres et d'accidents, interdit, à Bagdad, d'allumer des feux et d'épandre des eaux dans les rues, le jour de la fête populaire du Nayrūz, et ayant, par la suite, levé cette interdiction, c'est le chef de la šurṭa qui est chargé tant de faire observer l'interdiction qu'ensuite, de publier la décision de son retrait[8].

(1) Lévi-Provençal, *Espagne*, 92 ; Gayangos, *The history of the mohamedan dynasties in Spain*, I, 398 ; Van den Berg, *Principes*, 242.
(2) Ṭabari, éd. 1939, IV, 243.
(3) Ṭabari. éd. 1939, VI, 266, 277.
(4) Ṭabari, éd. 1939, VI, 99, 138, 374, 408, 463, 466 ; V, 598 ; IV, 509 ; VIII, 164.
(5) Ibn 'Asākir, IV, 289.
(6) *Aġāni*, nouv. éd., II, 167.
(7) *Wulāt*, 210 ; Maḳrīzi, II, 102.
(8) Ṭabari, nouv. éd., VIII, 181.

L'emploi de certaines boissons étant interdit, ce sont les agents de la šurṭa qui parcourent les rues et les lieux publics de la ville pour assurer l'application de ce règlement[1]. La fête de l'Epiphanie étant au Caire un jour de liesse populaire aussi bien pour les musulmans que pour les chrétiens, les agents de la šurṭa se répandent en ville pour veiller au maintien de l'ordre et empêcher, notamment, que les adeptes des deux communautés ne se mêlent entre eux[2]. Si, à la suite d'une disette, les hommes tombent morts dans les rues, ce sont les agents de la šurṭa qui font enlever les cadavres[3].

Ce rôle devient encore plus important à l'époque fatimite, au cours de laquelle les ṣāḥib al-šurta cumulent souvent avec leurs fonctions celles de la ḥisba[4], qui constitue, comme nous le verrons bientôt, une sorte de police municipale.

De même, les agents de la šurta sont souvent appelés par les ḳāḍi pour assurer l'ordre et la discipline aux audiences de justice.

S'il s'agit de faire la police dans les mosquées, c'est encore à la šurta qu'on fait appel. Vers le milieu du Ier s. h., le gouverneur de Baṣra, ayant eu connaissance que des querelles se produisaient à l'intérieur de la mosquée de la ville, envoie le chef de la šurta pour y faire respecter l'ordre[5]. A Médine, une personne qui s'était laissée aller à chanter dans la mosquée est immédiatement appréhendée par un agent de la šurta[6]. Pour faire respecter l'ordre dans la mosquée principale au Caire, un gouverneur d'Egypte, en 253 h., y poste un agent de la šurta, armé d'un fouet[7]. Ismā'īl Al-Maḳdisi, ḳāḍi d'Egypte en 320-321 h., ayant interdit aux ḥanafites et malékites d'enseigner dans la mosquée, c'est le ṣāḥib al-šurta qui fut chargé d'expulser les juristes de ces deux maḏhab qui s'y trouvaient[8].

S'il y a lieu de convoquer, et au besoin, de faire comparaître *manu militari*, une personne devant le prince ou le gouverneur, c'est aux agents de la šurta qu'il est fait appel. Ce rôle de la šurta apparaît, encore, dès les origines. Le gouverneur de Baṣra, Ibn Šu'ba, fait ainsi saisir et comparaître devant lui un chef ḫariǧite, en 43 h.[9]. Quelques années plus tard, Ziyād, ayant convoqué vainement son

(1) Maḳḳari, I, 499. (2) Maḳrīzi, II, 392, (3) Quatremère, *Maml.*, II, 2e partie, 24. (4) Ḳalḳ., V, 452. (5) Ibn 'Asākir, III, 320. (6) Mubarrad, I, 396. (7) Abū Al-Maḥāsin, II, 331. (8) *Wulāt*, 544. (9) Ṭabari, éd. 1939, IV, 138.

adversaire politique, Ḥağar ibn ʿAdyy, ordonna à la šurta de l'amener par la force[1].

## §. 2. — L'exercice de la répression

L'exercice de la répression publique constitue, avec le maintien de l'ordre dans les conditions susindiquées, la fonction principale de la šurta, à tel point qu'elle est citée exclusivement dans la définition que donnent certains auteurs anciens de cette institution. Ainsi, Ibn Ḫaldūn définit le ṣāḥib al-šurta, le fonctionnaire qui a pour attribution de connaître des infractions et d'appliquer les peines[2]. Un autre auteur appelle même le chef de la šurta : *wāli al-ǧarā'im* (والي الجرائم), le fonctionnaire auquel sont déférées les infractions[3]. Les pouvoirs les plus importants de la šurta, que Maḳḳari estime devoir citer pour caractériser cette fonction, consistent dans l'application de la peine de mort et le châtiment des individus coupables de délits légaux, fornication, boisson, etc.[4]. Cette même compétence essentielle est indiquée par Māwardi, lorsqu'il expose la doctrine du droit pénal musulman[5]. Pour bien déterminer la compétence d'un chef de šurta, certains textes ajoutent à son titre la formule: « chargé de l'application des peines[6] ». Parlant d'un personnage désigné comme chef de la šurta, en Espagne, un auteur ajoute que c'était le fonctionnaire qui avait compétence pour connaître des délits portant atteinte à l'intégrité physique et des délits de moindre importance[7].

Pour désigner les maisons où s'exécutent les peines d'emprison-

(1) Ibn ʿAsākir, II, 373 ; Ṭabari, éd. 1939, II, 191. 195 ; IV, 235 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, XIII, 192 ; *Aġāni*, nouv. éd., VI, 75 ; Ǧahšiyāri, 238 ; Maḳḳari, II, 1237 ; Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 11. — Aux fins d'assurer une bonne exécution de ces attributions, le chef de la šurṭa devait avoir sous ses ordres des agents dévoués et impartiaux ; il essayait de les choisir étrangers à la ville ou à la circonscription. Ainsi, la chronique rapporte que lorsque Misʿab ibn ʿAbd Al-Raḥmān fut désigné par Marwān ibn Al-Ḥakam, gouverneur de Médine, comme chef de sa šurṭa, il refusa d'accepter cette charge avec la collaboration de troupes levées dans cette ville même et ce ne fut que lorsque le gouverneur eut mis à sa disposition des hommes recrutés en Syrie qu'il arriva à maintenir l'ordre dans Médine (*Aġāni*, nouv. éd. V, 74). (2) Ibn Ḫaldūn, 222, 251. (3) *Glossaire* de Gœje, v° عون *in* Idrīsi. (4) Makkari, I, 103. (5) Māwardi, 211. (6) Ibn Ḥayyūn, III, 11. (7) Ibn Al-Zubayr, 19.

nement on emploie couramment l'expression « *maison de la ma'ūna* » c'est-à-dire de la šurta, ou d'autres expressions équivalentes[1].

Dans les actes officiels, notamment les diplômes de nomination, le rôle principal de la šurta est indiqué comme consistant dans la recherche des infractions et l'application des peines. Dans le diplôme de nomination d'un ministre, daté de l'année 366 h., le calife donnant pouvoir à ce haut fonctionnaire de nommer les agents de la šurta, indique comme suit les attributions de ces agents : ils poursuivent « les méchants », recherchent les « criminels », leur appliquent « les prescriptions de la loi de Dieu, suivant ce qu'il leur apparaîtra de leur conduite et de leur culpabilité »,... ils infligent la peine de mort... ou d'emprisonnement... ou le *ḳiṣāṣ*... ou toutes autres peines de moindre gravité[2]. Un autre diplôme, de l'année 420 h., définit ainsi le rôle de la šurta : « elle supprime tous les éléments de honte et de malfaisance », applique les prescriptions divines... inflige aux malfaiteurs les peines légales[3] ». Dans un acte de nomination d'un chef de la šurta, au Caire, à l'époque fatimite, le calife lui ordonne de « punir les malfaiteurs... de leur infliger les peines après que soit administrée la preuve de leur culpabilité, etc.[4] ».

Tous les actes qui aboutissent à l'application des peines et que l'organisation judiciaire moderne décompose en actes d'accusation, d'instruction, de jugement et d'exécution, sont confondus en droit musulman ; et ils rentrent également dans la compétence de la šurta : exerçant une sorte d'action d'office, comme on le verra dans l'exposé de la procédure criminelle, le ṣāḥib al-šurta, a pour rôle, tout à la fois, de rechercher les criminels, d'entendre l'accusation contre eux, de les juger et, le cas échéant, d'exécuter la condamnation. Dans le système répressif musulman, il n'y a ni ministère public, ni juge d'instruction[5].

Les délits qui rentrent dans la compétence de la šurta peuvent être répartis en trois catégories.

En premier lieu, il s'agit de tous les délits prévus par la loi re-

(1) V. *infra*, et ss. (2) Ḳalk., X, 22. (3) Ḳalḳ., X, 39.
(4) Ḳalk., X, 351. (5) C'est par l'effet d'une mauvaise lecture d'un texte de Ibn Ḫaldūn que nous avions cru, jadis, que la šurṭa constituait un organisme chargé de l'accusation publique ( Tyan, *Resp. délict.*, 104 ). En réalité, le texte veut dire que les agents de la šurṭa, contrairement aux règles de la procédure judiciaire ordinaire, ont pour fonction d'exercer l'action publique d'office.

ligieuse et qui sont punis de peines fixes ou ḥudūd. Il faut écarter une équivoque possible sur ce point : on pourrait croire qu'étant donné le caractère religieux et légal des peines fixes, c'est le ḳāḍi, juge chargé de l'application de la loi religieuse, qui serait seul compétent pour en connaître. Mais tous les textes relatifs à la šurta indiquent, au premier chef, sa compétence pour connaître des délits légaux. Dans la définition même de l'institution, Ibn Ḫaldūn dit qu'elle a pour but de poursuivre l'application des ḥudūd, employant ce terme dans une acception générale qui comprend aussi bien les peines fixes que les peines arbitraires. Les diplômes d'investiture que nous avons déjà eu l'occasion de signaler mentionnent expressément les حدود الله c'est-à-dire, proprement, les peines fixes édictées par le Coran pour les délits qu'il prévoit. Aussi, dans la nomenclature des conditions que doit remplir le secrétaire de l'agent de la šurta, on mentionne, dans certains traités, la connaissance des règles légales concernant les délits de sang et des compositions ( *diya* ) prévus par la loi religieuse[1]. La question — que nous examinerons plus loin — se pose même de savoir si les magistrats ordinaires ont concurremment exercé la juridiction répressive en matière de ḥudūd.

Le deuxième chef d'attributions répressives de la šurta consiste dans l'application des peines du talion ou ḳiṣāṣ. Cette sanction, qui, dans son essence et son origine, a un caractère purement privé, puisqu'elle constitue l'exercice du droit de vengeance dans les limites que lui a assignées la nouvelle législation coranique et qui, par conséquent, devrait être exercée par l'ayant-droit, en personne, n'est plus, en fait comme en droit, exercée que par les représentants de l'autorité publique. C'est là un des aspects de la transformation du ḳiṣāṣ en peine publique. Sans doute, les juristes continuent à déclarer que c'est l'individu lésé ou les héritiers de la victime qui exercent le ḳiṣāṣ ; mais ce que les juristes entendent par là, c'est seulement le droit pour la victime de demander à l'autorité d'appliquer elle-même cette sanction. Ils emploient, comme synonymes, les termes « exercer » le ḳiṣāṣ et « demander « l'application du ḳiṣāṣ. D'après la formule employée par certains juristes, le droit du particulier devient le droit « d'autoriser », les pouvoirs publics à exercer le ḳiṣāṣ. On arrive enfin à une formule générale très nette : « Le principe, en matière de lésions corporelles ou de meurtres, est que l'homme ne peut se faire justice à lui-même, car la fonction du juge

(1) Kutayba, *Imama*, II, 168.

est précisément faite pour départager les plaideurs[1] ». Or, Ibn Ḫaldūn mentionne expressément le ḳiṣāṣ parmi les sanctions dont l'application rentre dans la compétence de la šurṭa. Les actes officiels y font allusion[2].

Enfin, en troisième lieu, la šurta peut retenir comme infraction tout fait qu'elle estime répréhensible, suivant le principe de la *siyāsa*, qui correspond au principe de l'arbitraire des délits et des peines[3].

Ce pouvoir de la šurta procède du pouvoir du chef suprême de la communauté, calife ou sultan, — dont la šurta n'est qu'un organe d'exécution, en principe —, qui, en dehors du domaine du droit strict, le *šarʿ*, constitue un pouvoir autocratique absolu. Or, il est constant que le souverain a toujours exercé en fait, sinon en droit, un pouvoir répressif discrétionnaire sur ses sujets. C'est ainsi que s'explique les cas historiques innombrables où l'on voit les souverains musulmans et leurs représentants infliger des peines diverses, même la peine de mort, pour des motifs parfois les plus futiles.

Le pouvoir arbitraire d'incrimination est étendu à tel point que même dans les matières prévues et réglementées formellement par la loi canonique, par le texte sacré au Coran, on en arrive à appliquer des solutions franchement contraires.

Cet aspect de droit répressif musulman est, notamment, illustré d'une façon saisissante par deux traditions. L'une est attribuée au calife Manṣūr. Un habitant de Médine du nom de Abū-Ḫarma avait demandé à ce calife d'ordonner à ses agents dans cette ville de ne pas lui infliger la peine légale au cas où ils l'appréhenderaient en

(1) Cf. Tyan, *op. cit.*, 107 et ss. (2) Ḳalḳ., X, 23. (3) Nous avons déjà vu une autre application du même principe de la siyāsa, en matière de maẓālim (v. *supra*, 434 et ss.). Dans les deux cas, le principe, identique, est fondé sur les nécessités pratiques, sur l'utilité générale (المصلحة العامة). Certains auteurs invoquent même, sans plus, la considération de l'utilité générale, pour justifier le pouvoir arbitraire d'incrimination et de répression de la šurṭa. Ce principe d'arbitraire des délits et des peines était d'une nécessité essentielle pour la répression, étant donné, d'une part, l'insuffisance du système pénal admis par la loi canonique, et, d'autre part, l'inexistence en Islam, d'un organe reconnu de législation.

Le pouvoir de statuer suivant le principe de la siyāsa est tellement essentiel à la šurṭa que parfois, dans le langage courant, on appelle l'organisme même de la šurṭa, du nom de siyāsa. Ainsi on parle des « agents auxiliaires de la siyāsa » (Kaṯīr, XI, 141).

état d'ivresse. Le souverain refusa de donner un tel ordre, mais tournant la loi, il décida que celui-là même qui appréhenderait Abū-Ḫarma en état d'ivresse serait puni de cent coups de fouet, ce qui assura l'impunité au requérant[1]. Cette tradition peut ne pas être authentique ; mais le fait qu'elle a été admise dans la littérature historique prouve tout au moins que l'opinion publique reconnaissait à l'autorité publique des pouvoirs très étendues en matière d'incriminations. D'après une autre tradition, plus ancienne en même temps que plus caractéristique, Ṭabari rapporte qu'en l'an 96 h., un ivrogne ayant été un jour amené devant le gouverneur du Ḫurāsan, celui-ci ordonna de le mettre à mort. Comme on faisait observer au gouverneur que, d'après le šar', l'ivresse n'est pas punie de mort mais de la peine de la fustigation, il répondit tout simplement en ces termes : « Moi, je ne punis pas avec des verges mais avec l'épée[2] ».

Il existe deux autres aspects très caractéristiques de ce pouvoir de justice arbitraire, D'une part, le simple doute sur la culpabilité d'un individu permet au ṣāḥib al-šurṭa d'appliquer des mesures répressives. On pourrait rapprocher cette sorte de sanctions, des peines *gracieuses* ou extra-ordinaires de l'ancien droit français[3]. La tradition rapporte, à ce sujet, qu'un chef de la šurṭa de Kūfa, au Ier s. h., faisait frapper l'individu qu'il suspectait de vol mais contre lequel des preuves entièrement convaincantes n'étaient pas rapportées, de trois cents coups de fouet[4]. D'autre part, on admet que l'intérêt général, la nécessité de l'intimidation, peuvent, dans certaines circonstances exceptionnelles, justifier l'application d'un châtiment à un accusé même reconnu largement excusable et de bonne foi. Ziyād ibn Abīhi avait fait proclamer, dans la ville de Kūfa, l'interdiction de circuler la nuit. Or, un paysan venant de la campagne est appréhendé la nuit dans les rues de la ville. Amené devant le gouverneur, il fait valoir et établit sa bonne foi. Le gouverneur en convient, mais il persiste à lui faire appliquer la peine de mort en faisant valoir précisément la considération de l'intérêt général, de l'ordre public[5].

Ce troisième chef d'attribution est de beaucoup le plus important, non seulement au point de vue de la quantité très considérable

(1) Suyūṭi, *Tārīḫ*, 104 ; Ibn 'Asākir, II, 248. (2) Ṭabari, éd. 1939, V, 283. (3) Garraud, *Précis de droit criminel*, 15e éd., 800 ; Vidal et Magnol, *Cours élém. de droit criminel*, 7e éd., 852, no 3. (4) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 33. (5) قال زياد : اظنك والله صادقاً ولكن في قتلك صلاح هـــذه الامة (Ṭabari, éd. 1939, IV, 167).

d'affaires qu'il a pour effet de draîner vers la juridiction de la šurta, mais aussi et surtout au point de vue de la nature même des pouvoirs reconnus à cette juridiction, qui devient un organe aussi bien d'application que de création du droit, ce qui lui permet d'assurer l'exercice adéquat de la répression dans la société.

Dans la littérature courante, on relève de très nombreux cas d'exercice de la répression par la šurta, à toute époque et en toutes matières, délits de sang, délits contre les biens, contre les mœurs etc.[1].

## §. 3. — Les kadi ont-ils exercé la juridiction répressive

Il est donc certain que la šurta exerçait la juridiction répressive. Mais il y a lieu de résoudre la question de savoir si les magistrats de l'ordre judiciaire, les ḳāḍi, ont eu, en cette matière, une compétence, tout au moins concurrente.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'observer, si l'on se réfère aux développements que consacre la doctrine au droit pénal, on constate que les juristes supposent toujours que c'est le ḳāḍi qui est chargé de l'application des principes de ce droit. D'autre part, dans l'énumération des chefs d'attribution des ḳāḍi, la plupart des auteurs, notamment Māwardi, indiquent l'application des ḥudūd ou peines légales.

En fait, la théorie a été loin de correspondre exactement à la pratique. Remarquons, en premier lieu, que c'est exclusivement la matière des délits prévus par la loi coranique et punis de peines

(1) Ibn Ḳutayba, éd. Brock, 33 ; Ṣābi', 23, 203 ; Ibn Al-Ǧawzi, 51, 53 ; *Mille et une nuits*, II, 211 ; Ibn Farḥūn, II, 213 ; Rustum et Bustāni, *Al-adab al-'arabi*, I, 222 ; *Aġāni*, nouv. éd. II, 146 ; Ṭiḳṭaḳi, 225 ; *Aġāni*, nouv. éd., IV, 276 ; *adde*, IV, 281. Cf. sur d'autres cas historiques de répression par la šurṭa : cambriolage du trésor public (Ṭabari, éd. 1939, VII, 330) ; brigandage de grand chemin (Balāḏuri, 375) ; hérésie (Ibn Al-Ḫaṭīb, VII, 83 ; 'Arīb, *Ṣilat*) ; assassinat (Quatremère, *Maml.*, I, 1re partie, 247) ; meurtre et vol (Ibn Baṭūṭa, éd. ég., II, 22) ; manifestations irrespectueuses dans les mosquées (Maḳḳari, II, 1024).

Dès que, dans une ville, la šurṭa montre de la faiblesse, les cas de vols et crimes divers se multiplient (Ibn Ḫaldūn, III, 388, 472, 514 ; 'Arīb, *Ṣilat*, 75).

fixes, qui est reconnue par Māwardi comme étant de la compétence des magistrats ordinaires. Or, le nombre de ces délits est infime par rapport à l'ensemble des actes qui peuvent fournir, dans une société, matière à répression.

Les diplômes de nomination des ḳāḍi, à diverses époques de l'histoire islamique, ne mentionnent pas généralement, parmi les attributions du nouveau magistrat, la compétence criminelle[1].

Et dans tous les modèles mêmes de diplômes que rapportent les recueils d'actes officiels aucune allusion n'est faite à une telle compétence[2]. Tout au plus, lorsqu'il est question, dans un diplôme, d'une compétence répressive, il s'agit uniquement de la matière des délits comportant des peines fixes ou ḥudūd[3].

L'incompétence des ḳāḍi en matière criminelle, en général, s'explique par une raison essentielle, résultant, en premier lieu, de la nature même de l'organisation judiciaire kadiale, du statut juridique du ḳāḍi. Le ḳāḍi est un magistrat qui ne possède pas, en principe, le droit d'action d'office[4] ; d'autre part, il n'existe pas, dans le système judiciaire musulman, un organisme de ministère public chargé de l'accusation. Comment, dans ces conditions, l'exercice de la répression par le juge ordinaire eut-elle été possible ? Il ne resterait que l'hypothèse de l'accusation soutenue par un particulier, victime d'un délit. Or, ce moyen est, de toute évidence, insuffisant pour répondre aux nécessités de la répression[5].

La même insuffisance résulte du système de procédure applicable, en général, devant le ḳāḍi, et, notamment, du régime des preuves, caractérisé par une grande rigidité, n'autorisant l'exercice de la juridiction répressive que dans les conditions mêmes de l'exercice

(1) Cf., par exemple, Ḳalḳ., IX, 300, X, 276, 286. (2) Ḳalḳ., XI, 174 et ss. ; XIV, 340 et ss. (3) Ḳalḳ., X, 270. (4) Faisant la comparaison entre le ḳāḍi et le fonctionnaire municipal appelé muḥtasib, Māwardi dit expressément ceci : « Les pouvoirs de muḥtasib dépassent ceux du ḳāḍi en ce que le premier poursuit d'office les actions répréhensibles, même si elles ne lui sont pas dénoncées ; tandis que le ḳāḍi ne peut juger que les affaires dont on le saisit » ( Māwardi, 233 ; *adde* Ibn Farḥūn, I, 13 ). (5) A cet égard on peut citer le trait suivant. La chronique rapporte qu'en l'an 306 h. un chef de la šurṭa de Bagdad désigna des hommes de loi à l'avis desquels les agents de la šurṭa devaient se conformer dans l'exercice de leurs fonctions. Le résultat en fut que « le prestige de l'autorité diminua, le nombre des voleurs et des chenapans se multiplia, les maisons de commerce furent attaquées »... ( Ibn Ḫaldūn, *Tārīḫ*, III, 388 ).

de la juridiction ordinaire, l'accusé étant entièrement assimilé à un défendeur et l'accusateur à un demandeur dans un procès civil ; — toutes mesures d'instruction exorbitantes du droit commun, telles que détention préventive, interrogatoire assorti de moyens de contrainte divers, etc... étant exclues.

Que si, maintenant, on reprend le texte de Ibn Ḫaldūn, dans lequel il traite de la šurta, on admettra facilement que lorsque cet auteur affirme qu'au cours des époques abbasside et fatimite, et sous les Umayyades en Espagne, c'était la šurta qui assurait l'exercice de la répression, il entendait signifier par là que cette compétence était exclusive, puisqu'aussi bien Ibn Ḫaldūn ajoute que, par la suite, en Orient, ( après l'époque fatimite ) on distingua entre la poursuite des délits, de toute sorte, devant la šurta, suivant la procédure de la *siyāsa* ou système de l'arbitraire des délits et des peines, et la poursuite des délits reconnus par la loi et conformément à la procédure stricte de cette loi, reconnue comme étant de la compétence de la magistrature ordinaire. Il résulterait de ce texte que la compétence de la šurta en matière de délits légaux fut écartée. Mais, en fait, on peut affirmer qu'il n'en fut rien : tout ce que l'on peut retenir du témoignage de Ibn Ḫaldūn, c'est que si la compétence du juge ordinaire a été reconnue, elle n'a pu s'exercer que suivant la procédure du droit strict, c'est-à-dire, dans des conditions insuffisantes pour l'administration de la justice répressive[1]. D'autre part, les exemples sont nombreux, où l'on voit, même à l'époque à laquelle se rapporte l'affirmation de Ibn Ḫaldūn, des délits légaux poursuivis et punis par la šurta.

Dans cette mesure et dans ces conditions, on peut admettre que le ḳāḍi a exercé, en matière de juridiction repressive, une compétence concurrente à celle de la šurta. Cependant, on trouve dans certains textes la preuve formelle que même le principe de la compétence pour l'application des peines fixes — ḥudūd — pouvait être refusé au juge ordinaire. Ibn Ḫaldūn admet lui-même que, parfois,

(1) A l'époque moderne, dans des pays de civilisation musulmane, il a subsisté des traces de cet état de choses. Dans l'empire ottoman, la loi reconnaît compétence aux ḳāḍi pour connaître, d'après la procédure du šarʿ, des délits légaux, tels que l'homicide, les blessures, mais, en même temps, compétence en ces mêmes matières était reconnue aux tribunaux ordinaires qui statuaient suivant la procédure de la loi civile et appliquaient les sanctions prévues par cette loi. Un même délit pouvait donc donner lieu à deux procédures différentes. Que si deux sanctions incompatibles étaient prononcées, il en était référé au sultan pour voir dire quelle sanction serait appliquée.

on enlevait au ḳāḍi la connaissance des rares délits légaux punis de ḥudūd[1]. Parlant plus spécialement de l'Espagne musulmane, Maḳḳari affirme que, suivant une coutume établie, la šurta était le seul organisme compétent pour la poursuite des délits légaux, punis de peines fixes, tels que la fornication, l'usage de boisson ; que le ḳāḍi n'avait aucune compétence, même en ces matières[2] ; d'où l'on doit conclure, *a fortiori*, que pour tous les autres délits aussi, la šurta était seule compétente.

## §. 4. — La procédure devant la surta

Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer, suivant l'enseignement de la doctrine, les règles de procédure applicables devant la juridiction de la šurta, comparées avec celles de la procédure des juridictions ordinaires ; et on a pu constater la très grande latitude réservée à la šurta dans l'exercice de la répression. Mais, en fait, cette latitude est encore plus grande, comme on le verra par l'examen de nombreux cas d'application pratique. A la lumière de cette pratique, nous reprendrons donc l'exposé des règles de procédure de la šurta et, pour une meilleure compréhension de ces règles, nous les examinerons dans les diverses phases du procès criminel, telles qu'elles sont analysées dans le droit moderne, bien qu'en fait, cette analyse n'ait pas correspondu à la réalité, dans le système répressif musulman.

*La saisine du juge.* — A la différence du juge répressif moderne, comme aussi à la différence du juge ordinaire musulman, l'agent de la šurta se saisit d'office de la poursuite pénale. Le pouvoir d'action d'office est encore renforcé chez la šurta par le fait qu'elle cumule les attributions de police proprement dite, consistant à prévenir les infractions, avec celle de la répression même. Poursuivant les criminels, les agents subalternes de la šurta les défèrent devant le tribunal de leur chef. C'est là le sens de ce texte de Māwardi, qui porte que « l'émir ( c'est-à-dire : le ṣāḥib al-šurta ou le gouverneur ) entend l'accusation du prévenu soutenue par ses agents ( يسمع قرف المتهوم من اعوان الامارة ) ». Sans doute, il ne faut pas assimiler l'action de ces

(1) Ibn Ḫaldūn, 251. (2) Maḳḳari, I, 103.

agents à celle d'un organisme de ministère public, chargé de la fonction d'accusation. Les agents qui accusent le prévenu devant le ṣāḥib al-surta ne sont que ses collaborateurs, subordonnés hiérarchiquement à lui.

Ibn Ḫaldūn fait encore mieux ressortir ce procédé de saisine, propre à la šurta, puisqu'il définit la fonction de cet organisme comme consistant, tout à la fois, à porter l'accusation contre les présumés coupables d'infractions et à appliquer les peines (وظيفة التهمة على الجرائم واقامة حدودها).

Au surplus, dans tous les exemples historiques, la šurta apparaît comme poursuivant d'office. Tantôt, c'est le gouverneur ou une autre autorité supérieure qui défère au ṣāḥib al-šurta des individus, accusés d'un crime[1]. Tantôt c'est le ṣāḥib al-šurta qui agit de son propre mouvement. Il suffit pour cela qu'il arrive à sa connaissance, de quelque façon que ce soit, qu'une infraciion a été commise. Rentrent dans ce cas tous les exemples où les agents subalternes arrêtent un présumé malfaiteur et le défèrent au tribunal de leur chef. A plus forte raison, il s'agit de l'action spontanée du ṣāḥib al-šurta dons tous les cas où les textes le représentent appréhendant un ivrogne[2] ou un faux-témoin[3] ou des partisans d'une faction ennemie[4].

Cette même action peut être déclenchée par un particulier, par la victime de l'infraction. Le ṣāḥib al-šurta poursuit des voleurs sur la plainte du volé[5]. Mais le particulier ne joue pas devant cette juridiction le rôle proprement dit de demandeur, puisqu'il ne figure pas comme partie principale au procès; que le procès pourrait se dérouler sans lui. Même dans le cas où l'action tend à l'application d'une peine établie, suivant les principes de la loi, dans l'intérêt exclusif des particuliers, comme la peine du talion ou même celle de la calomnie ou du vol, la victime du délit ne joue pas, devant le juge de la šurta, le rôle de demandeur, puisque l'action peut, aussi bien, être déclenchée et poursuivie en dehors même de sa présence et que, en tout cas, ce n'est pas en son nom qu'elle est exercée.

Cette règle de la saisine d'office ressort encore nettement des

(1) *Aġāni*, nouv. éd., II, 248; Ṭiḳṭaḳi, 225; Ṣābi', 203. (2) Ibn Farḥūn, I, 165. (3) Ibn Farḥūn, II, 213. (4) *Wulāt*, 578. (5) Māwardi, 229.

termes employés dans les actes officiels : pouvoir est donné à la šurta de poursuivre, de son propre mouvement, l'exercice de la répression. On insiste même sur le devoir de vigilance qui s'impose en cette matière.

Inutile d'ajouter que le ṣāḥib al-šurta et ses supérieurs hiérarchiques sont maîtres absolus de l'action publique, qu'aucune dénonciation, plainte ou action d'un particulier ne saurait forcer à agir ; de même que, même après avoir déclenché cette action, ils peuvent y renoncer, à n'importe quel moment de la procédure[1].

*L'instruction* — Il n'existe pas un organisme distinct pour l'instruction du procès criminel. Elle est également confiée à la šurta elle-même. Là encore, le ṣāḥib al-šurta jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Comme le dit Māwardi, l'instruction du procès devant la šurta est régie par les principes de la *siyāsa* (حال استبراء تقتضيه السياسة الدينية) ; et nous savons déjà ce que comporte de pouvoirs extraordinaires et discrétionnaires le principe de la siyāsa. Ibn Ḫaldūn est encore plus net. « Le šar' ( ou droit strict ), dit cet auteur, ne reçoit aucune application dans la procédure des délits tant qu'on se trouve encore dans la phase de l'accusation et avant la condamnation ; c'est en vertu de la siyāsa que les éléments de conviction sont rassemblés » ( ان التهم التي تعرض في الجرائم لا نظر للشرع الا في استيفاء حدودها وللسياسة النظر في استيفاء موجباتها ).

Par conséquent, la doctrine elle-même reconnaît au ṣāḥib al-šurta la faculté de l'emploi de moyens divers, pour la manifestation de la vérité. L'intérêt public, en vue duquel on agit, suffit à justifier ces moyens[2]. Nous avons déjà indiqué quelques-uns de ces moyens, suivant l'enseignement de Māwardi[3]. Notamment, l'emploi de procédés de coercition pour la provocation de l'aveu est nettement reconnu, approuvé, par la doctrine[4]. Cette coercition peut consister dans la détention comme dans la torture, principalement, la fustigation. A plus forte raison, les moyens de ruse sont autorisés[5]. Naturellement, aussi la pénétration dans le domicile des particuliers est permise à la šurta pour la recherche des coupables et la réunion des éléments de preuve.

(1) Māwardi, 229. (2) Ibn Ḫaldūn, 251. (3) V. *supra*, 571 et ss.
(4) Cependant, contre l'emploi de ces procédés, v. Abū-Yūsof, *Kitāb al-Ḫarāǧ*, 209.
(5) Ibn Al-Gawzi, 54.

*Le jugement* — Il n'apparaît pas qu'à la suite d'une première phase d'instruction préparatoire, s'ouvre, dans la procédure criminelle, une deuxième phase, consacrée au jugement. L'instruction du procès se confond intimement avec le jugement. La question qui se pose seulement, d'une façon plus particulière, en ce qui concerne le jugement qui doit intervenir, est celle de savoir si la procédure devant la šurta se déroule suivant les formes judiciaires, en un débat entre le juge et le prévenu, où l'accusation est exposée et la défense, soutenue, et si la décision est rendue en la forme juridictionnelle ; ou bien, si la procédure est purement administrative. Là encore, la šurta ne se trouve, en principe, liée par aucune règle. C'est toujours le principe du pouvoir discrétionnaire, de la *siyāsa*, qui régit la matière, laissant au ṣāḥib al-šurta la faculté d'assurer l'exercice de la répression, suivant la procédure qui lui semble la plus appropriée.

Souvent, le ṣāḥib al-šurta, ayant formé sa conviction de par les éléments de preuve qu'il a rassemblés et en dehors de tous débats, passe immédiatement à l'application de la peine. C'est ainsi que, dans différents textes précédemment cités, on voit un faussaire, un homme en état d'ivresse, des voleurs et autres malfaiteurs de différentes catégories, appréhendés et immédiatement punis, sans que s'insère entre l'acte même de la poursuite et l'exécution de la peine une phase où se discute l'accusation en présence de l'inculpé.

Toutefois, la tendance générale a été à l'adoption de formes à caractère judiciaire, tendance que révèlent un certain nombre d'indices. Le titulaire des fonctions de la šurta est souvent appelé du nom même qui sert à désigner un magistrat judiciaire : c'est un *ḥākim* (حاكم). Faisant l'énumération de diverses sortes de juridictions, un auteur malékite mentionne le « *juge* de la šurta (قاضي الشرطة[1] ». Dans l'indication de la compétence territoriale des agents de la šurta dans les trois circonscriptions de la capitale, Ḳalḳašandi dit que chacun d'eux « *juge* (يحكم) » dans la circonscription à laquelle il est affecté[2]. Les termes de « justice », « juridiction » sont couramment employés dans les textes relatifs à la šurta. Pour dire que tel personnage a été nommé à cette fonction, les textes emploient l'expression suivante : ولي احكام الشرطة[3], ce qui implique l'idée

(1) Ḫaraši, VII, 167. (2) Ḳalḳ., IV, 23. (3) Yāḳūt, VI, 267 ; Faraḍi, I, 11, 47, 255, 274, 311.

d'une investiture d'un pouvoir de juridiction. On dit aussi parfois, par une inversion bizarre, que tel personnage était *ṣāḥib šurṭat al-ḥukm* (صاحب شرطة الحكم)[1].

Souvent, l'instruction d'une affaire criminelle est décrite comme se déroulant devant « le prétoire de la šurta (في مجلس الشرطة)[2] ». Les preuves qui sont administrées au cours de cette instruction, l'aveu qu'on cherche à provoquer, les témoignages que l'on entend, les présomptions que l'on recueille et interprète, tout cela suppose nécessairement une procédure judiciaire proprement dite. Au surplus, l'affaire criminelle débattue devant la šurta est désignée, souvent, d'un nom identique à celui de toute affaire débattue en la forme strictement judiciaire : c'est un procès, *da'wa* (دعوى). Māwardi emploie ainsi ce terme pour désigner l'action qui est portée devant l'agent de la šurta ou le gouverneur ; et il indique, à ce propos, au cas où deux adversaires se trouvent engagés dans le procès, les règles qui doivent présider au règlement de l'audience, celles qui déterminent, par exemple, lequel des deux plaideurs doit avoir, le premier, la parole[3].

On rencontre, à cet égard, chez Abū-Yūsof, des passages encore plus nets. Cet auteur soutient que, même devant le gouverneur, — auquel, on doit assimiler l'agent de la šurta — les règles d'une procédure judiciaire équitable doivent être suivies. Il s'exprime en ces termes : « Aucun procès d'une personne contre une autre, en matière de meurtre, de vol, ne doit être intenté et aucune peine ne doit être infligée que sur la base d'une preuve testimoniale non récusable ou d'un aveu non provoqué par des menaces du wāli... Il faut que le demandeur et le défendeur soient mis en face l'un de l'autre etc...[4]. ». Lorsqu'on parle d'une personne qui comparaît devant le tribunal de la šurta, on la représente, souvent, comme un plaideur qui défend à une action ou la soutient, tout comme dans la procédure ordinaire[5].

La décision qui rend le ṣāḥib al-šurta est appelée jugement (حكم), terme employé notamment, dans les actes officiels[6].

(1) Bel et Chéneb, 249. (2) Ibn al-Gawzi, 51. (3) Māwardi, 213.
(4) Abū-Yūsof, *Kitāb al-Ḫarāǧ*, 209. (5) خاصم يوماً عند صاحب الشرطة فنكل وعجز عن حجته (Ibn al-Ḫaṭīb, X, 82). (6) Ḳalḳ., X, 350.

Les diplômes de nomination aux postes de šurta, font souvent, au nouveau titulaire, des recommandations qui ont pour objet, précisément, l'observation des règles de procédure judiciaire : il doit traiter les justiciables sur un pied d'égalité... ne faire aucune distinction entre le riche et le pauvre... faire droit à la victime d'une injustice contre l'auteur de cette injustice[1].

Ainsi donc, l'organisme de la šurta devient un organisme juridictionnel, avec cette caractéristique qu'il applique une procédure extraordinaire, avec des pouvoirs discrétionnaires, suivant les principes de la siyāsa[2].

Le caractère judiciaire comporte des conséquences importantes. Les agents de la šurta ont vocation naturelle aux fonctions de la magistrature judiciaire. C'est ainsi que, particulièrement en Espagne, ils reçoivent leur avancement par une promotion à des postes de ḳāḍi[3]. Uu phénomène plus général, mais du même ordre, consiste dans le cumul entre les fonctions de la šurta et de la magistrature. Dès les origines, au cours du Ier s. h., il y eut, en Egypte, quatre ḳāḍi qui furent en même temps chefs de la šurta[4]. Beaucoup de cas de ce genre se rencontrent en l'Espagne.

On constate, enfin, à certaines époques de l'évolution historique, que la compétence de la šurta a débordé du terrain du droit répressif sur celui du droit civil ; que le ṣāḥib al-šurta a connu, concurremment avec les juges ordinaires, des litiges d'ordre privé. Ainsi, on voit, au temps des Umayyades, des agents de la šurta emprisonnant des débiteurs récalcitrants[5], — statuant dans des conflits matrimoniaux[6], — des conflits de propriété[7]. Au début de l'ère fatimite, en 362 h., le ministre Ya'ḳūb ibn Killis nommait Al-Ǧulǧuli à la šurta

(1) Ḳalḳ., X, 350. (2) Mais on ne peut pas dire croyons-nous que la šurṭa avait « avant tout » un caractère judiciaire ( Lévi-Provençal, *op. cit.*, 93 ). D'une part, l'exercice de la justice répressive par la šurṭa apparaît, en principe, sous la forme d'un pouvoir de police générale et de maintien de l'ordre public ; la šurṭa reste, essentiellement, en organe administratif ; d'autre part, cet organe a de nombreuses attributions purement administratives très importantes de telle sorte que les attributions de justice répressive ne semblent pas avoir acquis une suprématie particulière.
(3) Ibn Baškuwāl, 138, 205. On a déjà vu que, parfois, le phénomène inverse se produisait. (4) *Wulāt*, Chroniques des ḳāḍi, 'Abis, Yūnis, 'Abd al-Raḥmān et 'Imrān. (5) Ibn Ḳuṭayba, éd. Brock., 33. (6) Ibn 'Asākir, III, 205. (7) Ṭabari, éd. 1939, IV, 358.

inférieure. Or, la chronique ajoute que ledit Ǧulǧuli ( نظر فيها الشرطة السفلى ) وفي الاحكام ( il entreprit l'exercice des attributions de la šurta et des *aḥkām* ). Cette dernière expression désigne certainement la juridiction civile ordinaire, puisque la suite du texte nous apprend que cette attribution de compétence au ṣāḥib al-šurṭa émut le ḳāḍi suprême du royaume, ʿAli ibn Al-Nuʿmān, qui protesta contre ce qui lui apparut, sans doute, comme un empiètement sur ses propres attributions, sans résultat, d'ailleurs. Au surplus, Ǧulǧuli portait le titre de ḳāḍi[1]. Il est tellement vrai que les agents de la šurṭa avaient ainsi exercé la juridiction civile qu'un texte rapporte que, quelques années plus tard, en 398 h., cette compétence leur fut enlevée ( منع اصحاب الشرطة من التكلم في الاحكام الشرعية )[2].

## §. 5. — Les sanctions applicables

Déjà, les principes du *taʿzīr* donnent au juge une certaine liberté dans le choix et le dosage de la peine. Comme le dit Ibn Farḥūn, les peines « différent dans leur quotité, leur nature et leurs caractéristiques, suivant les infractions, leur gravité ou leur faible importance, suivant la personnalité du coupable » et toutes autres circonstances de la cause[3]. Mais dans le système du taʿzīr, qui a été incorporé dans le fiḳh musulman, des règles se sont établies pour déterminer les peines applicables dans les divers cas punissables, ce qui a eu pour effet de restreindre pour autant la liberté du juge, et enlever au système une grande partie de sa souplesse. Ainsi, on admet que les délits d'escroquerie et de filouterie — qui ne constituent pas le délit légal de vol, puni d'une peine fixe, — sont passibles d'une correction corporelle et d'emprisonnement ; que la tentative de vol est punissable d'une correction corporelle et d'emprisonnement[4].

Mais la šurṭa applique les peines, non point suivant le système du taʿzīr, mais suivant le principe de la *siyāsa*, avec toute la latitude

(1) وتظلم رجل الى الوزير بان علي بن سعيد نظر في امره وحكم له وان القاضي علي بن النعمان انكر ذلك واعترض فيه فوقع الوزير : من حكم بحكم من سائر المستخلفين فليس للقاضي ولا لغيره الاعتراض عليه كما انه ليس لاحد منهم الاعتراض على القاضي فيما حكم فيه ( *Wulāt*, 591 ). (2) *Wulāt*, 604.
(3) Ibn Farḥūn, II, 200. (4) Abū-Yūsof, *Kitāb al-Ḫarāǧ*, 204.

que comporte cette notion. Non seulement, le juge de la šurṭa est libre de choisir, dans les diverses peines en usage dans un milieu et à une époque déterminés, celle qui lui semble la plus appropriée au cas, mais il lui est loisible encore de créer de nouveaux châtiments. La tradition rapporte, à cet égard, qu'un agent de la šurṭa, de l'époque umayyade, punissait le cambrioleur qui avait troué le mur de la maison attaquée, en lui faisant pénétrer l'outil dont il s'était servi, dans le ventre jusqu'à le faire sortir par le dos ; il punissait le détrousseur de cadavre en l'enterrant vivant dans une fosse qu'il lui faisait creuser ; — l'incendiaire, en le faisant brûler lui-même[1]. Pour un même délit, la nature de la peine pouvait être variable. Ainsi on rapporte que le ministre barmékide, Ǧa'far, voulant châtier un homme qui avait commis un faux en écritures, demanda l'avis de ses conseillers sur la peine à appliquer. Les uns préconisèrent la bastonnade ; d'autres, la mutilation d'un œil, d'autres, même, la peine de mort[2].

En tout cas, on peut dire que les peines les plus couramment usitées étaient la mort, les mutilations, la castration, la fustigation, la bastonnade, l'emprisonnement, l'exposition, le rasement de la barbe. La peine de mort était appliquée de façon différente, par pendaison, par décollation, à quoi, il faut ajouter les divers supplices aboutissant à la mort, comme le supplice du pal. Aucun mode ne s'imposait comme obligatoire au ṣāḥib al-šurṭa.

Le ṣāḥib al-šurṭa pouvait-il appliquer la peine capitale en vertu de sa seule autorité ou bien devait-il requérir l'approbation de l'autorité supérieure ? Il semble que — tout au moins, à partir d'une certaine époque, difficile à déterminer — toute condamnation à mort devait au préalable être soumise à l'approbation du souverain. Dans un diplôme de l'année 366 h., émané du calife abbasside Ṭā'i', il est prescrit qu'au cas où un malfaiteur encourt la peine capitale, il doit en être référé au calife auquel doivent être exposés l'affaire et les éléments de preuve qui ont été relevés à la charge du condamné ; la peine ne pourra être appliquée que si le calife donne son approbation[3]. En faisant mention de l'organisme de la šurṭa, en Espagne, Maḳḳari prend soin de noter que si le titulaire de cette fonction a bien le pouvoir de prononcer des condamnations à mort, ce n'est qu'exceptionnellement — lorsque ce personnage jouit d'un prestige tout par-

(1) Ibn Ḳutayba, éd. Brock., 33.
(2) Ṭiḳṭaḳi, éd. Ahlw., 249.
(3) Ḳalḳ., X, 22.

ticulier — qu'il peut faire exécuter cette peine « sans la permission du sultan » ; que, normalement, cette « permission est nécessaire[1] ».

La castration était ordinairement infligée aux auteurs de délits contre les mœurs[2].

La fustigation est beaucoup plus usitée que la bastonnade ; il y a même une certaine prévention contre cette dernière peine. La tradition rapporte, à ce sujet, une anecdote significative. Vers la fin du Ier s. h., un personnage du nom de Abū-Miğliz s'étant rendu un jour auprès de Ḳutayba, gouverneur du Ḫurāsān, le vit faisant infliger la bastonnade à quelques condamnés. Il lui en fit reproche, en lui disant : « O émir, Dieu a établi pour toute chose des conditions : les bâtons sont pour les chameaux et les bêtes, les fouets, pour l'application des peines etc.[3] ».

Les autres peines telles que celles consistant à raser la barbe du condamné, à lui noircir la face, à le faire circuler dans les rues de la ville, en faisant crier l'objet de la condamnation (*tašhīr* تشهير — *šuhra* شهرة en Espagne[4] ), ont plutôt le caractère de peines accessoires ou complémentaires et ont pour but d'humilier le coupable aux yeux de la communauté[5].

En dehors des sanctions qu'il inflige dans l'intérêt exclusif de la répression publique, le ṣāḥib al-šurṭa applique des sanctions dans l'intérêt des particuliers engagés dans le procès. Il faut rappeler que certaines peines légales, comme celles de la calomnie ( *ḳaḏf* ) et, plus encore, la peine du talion ( *ḳiṣāṣ* ), sont reconnues comme étant établies dans l'intérêt de la victime du délit. Certains passages d'actes officiels sont instructifs, à cet égard : il y est prescrit à l'agent de la šurṭa, au cas où la victime le demande, de prononcer la peine édictée par la loi[6].

Quant aux réparations civiles et les restitutions, ( quoi qu'il ne semble pas que la notion d'une action civile proprement dite ait été perçue dans le système répressif musulman ), le ṣāḥib al-šurṭa a naturellement pouvoir de les prononcer. Ainsi, on voit souvent le juge

(1) Makkari, I, 103. (2) *Aġāni*, nouv. éd., IV, 276, 280.
(3) Ǧāḥiẓ, *Bayān*, III, 32. (4) Cf. Lévi-Provençal, *Hist. Espagne*, III, 160.
(5) Ibn Farḥūn, II, 213. Un faussaire est condamné à une peine principale et au *tašhīr* ( Ṣābi', 203 ). (6) Ḳalḳ., X, 23.

ordonner la restitution d'objets volés à leur propriétaire ou le paiement de leur contrevaleur.

## §. 6. — La surta organe d'exécution

En raison des moyens dont elle dispose, il était naturel que la šurṭa devînt organe d'exécution des décisions pénales émanées d'autres autorités.

On relève dans la littérature historique de nombreuses manifestations de cette nouvelle forme d'activité.

En premier lieu, étant donné le statut juridique même de la šurṭa et, en particulier, le lien de subordination hiérarchique dans lequel elle se trouve à l'égard des organismes supérieurs, tels que le gouverneur, le ministre, le souverain, elle reste toujours, en principe, un agent d'exécution ; et, par conséquent, c'est elle qui est, le plus souvent, appelée à exécuter les décisions de ces autorités. Ces décisions peuvent indifféremment constituer des ordres purs et simples ou des décisions prises suivant une procédure et dans une forme judiciaires[1].

Pour l'exécution de mesures purement administratives, mais qui peuvent requérir l'emploi de la coercition, telles que la levée d'impôts, le pouvoir supérieur a recours à la šurṭa[2]. — L'autorité judiciaire elle-même, lorsqu'elle a à appliquer des sanctions répressives, a recours à l'office de la šurṭa[3].

Tout naturellement, ce sont des agents dépendant du service de la šurṭa qui assurent les fonctions d'exécuteurs des hautes œuvres[4]. Toutes les exécutions des peines corporelles, à Bagdad, se font devant le siège de la šurṭa. Parlant d'une personne condamnée à la fustigation, les textes disent qu'elle a été frappée de tel nombre de

(1) Les textes qui se rapportent à ce rôle de la šurṭa sont très nombreux. Cf., not. Ibn Ḫallikān, I, 184, 430 ; II, 217 ; Ġazāli, *Iḥyā'*, II, 217 ; Ṭiktaki, éd. Ahlw., 225 ; Ṭabari, éd. 1939, VI, 332 ; Ǧahšiyāri, 238 ; Ibn 'Abd-Rabbihi, I, 29 ; Makkari, II, 1327.
(2) Quatremère, *Maml.*, II, 2e p., 174. (3) *Wulāt*, 597.
(4) Ibn 'Idari, II, 395.

coups de fouet devant le siège de la šurṭa[1] ; les condamnés à mort sont pendus dans ce même lieu[2].

L'activité de la šurṭa s'exerçait non seulement dans l'exécution des peines qui s'effectue en un trait de temps, mais aussi quant à celle qui suppose une durée continue. En terminologie moderne, on dirait que la šurṭa exerçait *l'administration pénitentiaire.* Dès le IIIe s. h., sinon avant cette époque, les prisons sont confiées à la šurṭa. Un individu condamné à l'emprisonnement subit sa peine, suivant l'expression des textes, « dans la prison de la šurta[3] ». Dans un acte officiel du début du Ve s. h., il est fait mention expresse de cette compétence. Le titulaire de cette fonction doit tenir registre des noms de tous les condamnés qui se trouvent dans les prisons, avec la mention de la cause de la condamnation. Il doit libérer ceux qui ont déjà purgé leur peine, et pour ceux qui sont détenus dans l'attente de l'application d'un autre châtiment, il ne doit pas tarder à l'infliger[4].

Aussi, les prisons où s'exécutent les peines sont-elles appelées « les prisons des wulāt » (سجون الولاة)[5], c'est-à-dire les prisons placées sous l'administration des wāli, terme qui désigne, aux époques fatimite et mamluk, comme nous l'avons vu, les agents de la šurṭa. Dans l'énumération des prisons du Caire, Maḳrīzi indique formellement que ce sont les lieux où les wāli font exécuter les peines d'emprisonnement. Ainsi, il y avait « une prison de la ma'ūna » dans la vieille ville, une autre, dans la nouvelle ville, du Caire[6].

L'exercice de l'administration pénitentiaire par la šurṭa donne lieu aux plus vives critiques : conditions déplorables de vie dans les prisons, mauvais traitements infligés par les géôliers etc... « La misère dans laquelle se trouvent les pensionnaires des prisons des wāli, dit Maḳrīzi, est indescriptible ». Les agents de la šurṭa font tra-

(1) Balāḏuri, 335. (2) Ṭabari, éd. 1939, VIII, 197, 151.
(3) Ṣābi', 421. (4) Ḳalk., X, 39. (5) Makrīzi, III, 304 ; — expression synonyme : « prison de la *ma'ūna* حبس المعونة » ( *eod. loc.* ).

(6) Makrīzi, III, 304. *Adde* Edrīsi, *Glossaire* v° عون. Sous les Ayyubites, la prison portait le nom de *dār al-šiḥna* (دار الشحنة) ( Ibn Šaddād ), 262. — Les termes حبس, سجن désignent les locaux pénitentiaires ordinaires. Mais il y a eu des maisons où étaient subies des peines d'emprisonnement beaucoup plus sévères : les *muṭbaḳ* (مطبق) qui étaient des prisons souterraines ( Ṭabari, éd. 1939, VII, 365 ) et les *maṭmūra* (مطمورة) (*op. cit.*, V, 208 ).

vailler les prisonniers, attachés à leurs chaînes, à des travaux très durs et, à la fin de la journée, ils sont réintégrés dans la prison, sans que rien leur revienne du produit de leur labeur, — que les geôliers se partagent entre eux. Un autre moyen qu'employaient les agents de la šurṭa, dans cet exercice de leurs fonctions, consistait en ceci : attachés à leurs chaînes, les prisonniers étaient promenés dans les rues de la ville, criant famine et sollicitant l'aumône ; mais toutes les aumônes qui étaient ainsi recueillies, les agents de la šurṭa se les appropriaient[1]. Ces procédés, d'ailleurs, n'étaient pas nouveaux. Déjà, au IIe s. h., ils étaient pratiqués ; Abū-Yūsof les déplorait amèrement recommandant au calife Hārūn Al-Rašīd d'y mettre un terme[2].

## §. 7. — La surta, auxiliaire du kadi

En dehors de ses attributions juridictionnelles proprement dites, spécialement en matière répressive, la šurṭa collabore à l'œuvre judiciaire en prêtant main-forte aux magistrats ordinaires pour l'exécution de leurs ordres et décisions. Nous avons déjà vu qu'en vertu de son statut d'agent de la force publique, la šurṭa était l'organisme naturellement appelé à assurer l'exécution des décisions de l'autorité politique et administrative supérieure. C'est cette condition qui la qualifie à jouer le même rôle auprès de l'autorité judiciaire kadiale, laquelle, encore beaucoup moins que l'autorité politico-administrative, dispose de moyens coercitifs.

Dans l'aide que la šurṭa fournit à la magistrature, il faut distinguer les actes de procédure proprements dits et les décisions judiciaires elles-mêmes. Le ḳāḍi a souvent à accomplir des actes de procédure qui exigent l'emploi de la force publique ; et cet emploi s'impose d'autant que dans le système du droit musulman la procédure de défaut n'est pas admise en principe et qu'il est nécessaire

(1) Makrīzi, 304.

(5) Abū-Yūsof, *Kitāb al-ḫarāǧ*, 279.

que les deux parties comparaissent, de gré ou de force, aux débats[1]. Et, en effet, c'est bien, le plus souvent, des actes de citation de parties à l'audience du juge que, d'après les textes, les agents de la šurṭa sont appelés à faire exécuter. Ce rôle est reconnu par la doctrine juridique elle-même. « Il ( le ḳāḍi ), disent les auteurs, se fait aider par les agents du wāli pour la comparution ( des parties )[2] ». Ibn Farḥūn représente tous les auxiliaires du juge chargés de la citation des parties, comme des agents de šurṭa[3]. Dans des textes, on voit l'agent de la šurṭa, recherchant et amenant des justiciables devant le ḳāḍi[4].

A l'audience même du juge, l'auxiliaire chargé de maintenir l'ordre et de faire la police est souvent un agent de šurṭa[5].

Le rôle de la šurṭa dans l'exécution des jugements est aussi considérable.

Dans presque tous les actes officiels, les diplômes de nomination, où il est question de la šurṭa, ses attributions comme agent d'exécution judiciaire sont nettement indiquées. Ainsi, dans le diplôme d'investiture de Ṣalāḥ al-dīn, on lui prescrit d'ordonner aux agents de la šurṭa de « venir en aide aux magistrats et de leur prêter main-forte, en vue de la bonne marche des procès et de l'observation de l'ordre, pour contraindre les plaideurs à répondre à la convocation de leurs adversaires devant le tribunal du juge et à se hâter d'exécuter l'obligation dont ils sont redevables, sans discussion[6] ». Dans un autre diplôme, il est prescrit aux agents de la šurta d'assurer la bonne marche des services judiciaires, d'assister aux audiences des magistrats et d'assurer l'exécution des jugements,... de faire comparaître les plaideurs récalcitrants[7]... ». A un wāli de la šurṭa, de l'époque fatimite, on ordonne de prêter main-forte aux magistrats pour la comparution forcée des plaideurs en justice[8]. — Un diplôme de nomination d'un ḳāḍi de l'époque abbasside indique, encore, claire-

(1) Cf. Tyan, *La procédure du défaut en droit musulman*, in *studia islamica*, 1957, p. 115 et s. (2) Ibn ʿAbdūn, IV, 43. (3) Ibn Farḥūn, I, 244.
(4) Tannūḫi, 107 ; Dozy, *Supplément*, v° شرط. (5) *Fatāwi hindyya*, III, 491. (6) Ḳalk., X, 150. (7) Ḳalk., X, 39.
(8) Ḳalk., X, 351.

ment que, pour l'exécution de ses jugements, il doit requérir les agents de la ma'ūna[1]. C'était une formule devenue de style dans les actes de nomination des ḳāḍi, à l'époque tulunide, de les assurer de l'appui qu'ils peuvent toujours trouver auprès du gouverneur du district auquel ils sont affectés, et, naturellement, des agents de la šurṭa placés sous les ordres du gouverneur[2].

(3) Ḳalk., X, 281. (2) Ḳalk., XI, 32. Avec leurs attributions propres, les agents de la šurṭa cumulaient souvent d'autres fonctions. D'après Ḳalkašandi et Makrīzi, la šurṭa et la ḥisba, à l'époque fatimite, étaient souvent confiées au même titulaire (Ḳalk., V, 452, III, 487 ; X, 350 ; Makrīzi, IV, 88 ). Même, sous les Abbassides, à Bagdad, on relève des cas de ce genre de cumul ( Abū Al-Maḥāsin, éd. Juynboll, II, 357 ). A l'époque mamluk, aussi ( Ḳalk., XI, 211 ). Cf. un cas au IXe s. h. : Makrīzi, IV, 54. Dans l'Espagne musulmane, la ḥisba rentre parfois dans les attributions du chef de la šurta ( Ibn Baškuwāl, 138, 323, 495 ; Faraḍi, I, 11, 47. 311 ). Il en est de même des fonctions des *mawārīṯ* ( Ibn Baškuwāl, 91 ; Ibn Abbār, *Ḥulla*, 141 ), de la *sikka* ( Ibn Abbār, *Ḥulla*, 141 ), du notariat ( Ibn Baškuwāl, 301 ) ainsi que de certaines fonctions religieuses ( Faraḍi, I, 255 ).

CHAPITRE QUATRIÈME

# LA HISBA ET L'ADMINISTRATION MUNICIPALE

## Section I. — Notions générales

Sous réserve de conclusions que suggèreraient des études plus approfondies et spécialisées en la matière, qui jusqu'à maintenant ne paraissent pas encore avoir été entreprises, on peut avancer qu'en principe, le monde musulman n'a pas connu une organisation municipale autonome, impliquant des franchises et des prérogatives accordées aux cités, dans le cadre général de l'Etat. Tous les organismes qui disposent d'une parcelle de l'autorité publique font partie intégrante d'une même hiérarchie, l'Etat, et sont soumises à un pouvoir unique et centralisé. Cependant, soumise à cette même hiérarchie, et à ce même pouvoir, il a existé, dans le monde musulman, une institution publique ayant pour objet de répondre à certaines nécessités de la vie intérieure des cités. C'est la *ḥisba* (الحسبة).

Etymologiquement, le terme de ḥisba désigne le fait d'accomplir un acte dans un but désintéressé ; plus précisément, suivant l'expression des auteurs, dans le seul but de plaire à Dieu et d'obtenir une récompense céleste.

La doctrine religieuse et juridique a admis trois acceptions différentes de la ḥisba, dont une, seule, nous intéresse dans la présente étude. Cependant, nous indiquerons brièvement le sens des deux autres pour écarter toute équivoque, aussi bien que pour être en mesure de relever certains liens de connexité qui peuvent exister entre elles trois.

1. — Dans une première acception, spéciale à la procédure judiciaire ordinaire, la ḥisba désigne l'action en justice soutenue par un particulier qui n'y a pas personnellement aucun intérêt mais qui est mû par le seul intérêt d'un tiers ou de la collectivité. L'action du gérant d'affaires, par exemple, est une action de ḥisba : ainsi, disent les juristes, celui qui revendique un bien au nom et pour compte d'un absent agit à titre de ḥisba ( على وجه الحسبة )[1]. L'action de ḥisba constitue, à cet égard, une sorte *d'actio popularis*, ouverte à tout le monde[2].

2. — La deuxième acception, de caractère essentiellement religieux, est de portée beaucoup plus large[3]. La ḥisba consiste dans une vertu qui a pour objet d'inciter au bien et de défendre le mal ( الامر بالمعروف والنهي عن المنكَر ). Son observation constitue une obligation religieuse s'imposant à tout musulman. Ce principe trouve sa source première dans le Coran, principalement dans le verset لتكن منكم امة يدعون الى الخير . . . Dans un autre texte, le Coran range cette obligation avec celles de la prière et du zakāt ou aumône légale (الذين ان مكنّاهم في الارض اقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر) ( s. XXII, v. 41 ). D'autres textes enfin sont invoqués, où la pratique et la ḥisba apparaît comme la marque du bon musulman : III, 103, 109, 112, 113 ; V, 3, 65, 81 ; VII, 165, 166 ; IX, 72 ; XI, 116 ; XLIX, 9, De même, de nombreux ḥadīṯ sont rapportés, par lesquels Muḥammad, en des occasions diverses, avait ordonné à ses adeptes d'inciter leurs coréligionnaires à accomplir le bien et à éviter le mal. Et l'on ajoute que les autorités de l'Islam primitif, tels que les compagnons du Prophète, se conformèrent à cette obligation.

La ḥisba apparaît ainsi comme une sorte d'apostolat. Un musulman, qui voit un individu portant ou consommant une boisson enivrante ou commettant un adultère ou s'adonnant au jeu, devrait faire

(1) Ibn Farḥūn, I, 114. Tout récemment encore, à l'occasion de luttes politiques dans un pays musulman, on a vu un particulier introduire une action en interdiction du chef du gouvernement pour motif de démence, indiquant dans sa requête que cette action était « une action de ḥisba, une des actions qui sont intentées dans l'intérêt de Dieu ( دعوى حسبة . دعوى من دعاوى الله ) (Journal *Balāġ*, du Caire, rapp. *in* journal *Nahār* de Beyrouth, 9-10 janvier 1938). (2) Cf. *l'actio popularis* du droit romain, Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, VIe éd. 1931, n. 1. (3) Ġazāli, *Iḥyā' 'ulūm al-dīn*, II, 269 et ss.

tout son possible pour l'en empêcher, et détruire les instruments qui ont pu servir à l'accomplissement de tels actes. Le fait de se porter auprès de peuples infidèles ou ceux qui ignorent les pratiques de la religion islamique, pour leur enseigner le Coran, est analysé en un acte de ḥisba[1].

Les actes par lesquels s'exerce la ḥisba relativement aux actes interdits par la religion ont été rangés par la doctrine religieuse en cinq catégories : 1° — *Al-ta'rīf*, qui consiste à faire connaître au coupable le caractère illicite de l'acte qu'il accomplit : ainsi le paysan qui, par ignorance, accomplit irrégulièrement les gestes de la prière, fera l'objet d'un simple ta'rīf ; 2° — la remontrance : elle s'adresse au contrevenant qui a conscience de l'illicéité de son acte ; 3° — la réprimande et l'admonestation sévères, qui s'adressent au contrevenant récidiviste et de mauvaise foi ; 4° — l'emploi de la contrainte pour empêcher la consommation de l'acte illicite, par la suppression des moyens qui y servent, tel que le fait de briser les instruments de jeu, de répandre par terre la boisson enivrante, d'enlever le vêtement de soie ; 5° — l'emploi de la contrainte sur la personne même du coupable par les menaces et les voies de fait qui peuvent aller jusqu'à la mise à mort[2].

Mais cette obligation du musulman d'entreprendre les divers actes de ḥisba qu'imposent les circonstances est une simple obligation de principe, soumise à différentes limitations. D'une part, quant à sa nature, cette obligation est considérée simplement comme un *farḍ kifāya* ( فرض كفاية ) c'est-à-dire, ne s'imposant à l'individu que s'il n'existe pas une autre personne apte à accomplir le même devoir. D'autre part, elle ne s'impose qu'à l'individu capable de l'accomplir ; et cette notion de capacité est ici entendue très largement : il suffit que l'on éprouve un sentiment de crainte à entreprendre l'acte de

(1) Ġazāli, II, 299. On relève dans la chronique certains cas d'application pratique du devoir de la ḥisba. Mais on conçoit que cette pratique ne peut pas aller sans danger. Ainsi, Ibn Al-Ḫaṭīb nous apprend que le calife Ma'mūn, ayant constaté qu'à Bagdad la ḥisba s'était largement propagée et avait donné lieu à de graves abus, en interdit l'exercice ( XII, 350 ).

Dans une conception encore plus élargie, la ḥisba est considérée comme le principe justificatif du droit du peuple à l'insurrection contre le prince tyrannique et injuste ( cf. la théorie de la ḥisba dans Ibn Ḥazm, *Kitāb al-faṣl fil-milal*, IV, 171 et ss. ).

(2) Suivant une autre classification plus détaillée, les actes de ḥisba sont répartis en huit catégories : ( Ġazāli, II, 289 et ss. ).

ḥisba pour qu'on en soit légalement exonéré. Enfin, en troisième lieu, la ḥisba ne s'impose aux individus qu'en cas d'inexistence d'une autorité publique ; dans le cas contraire, elle est même interdite, sauf dans ses deux premières manifestation, le *ta'rīf* et la remontrance.

Après avoir ainsi exposé la théorie de la ḥisba, Ġazāli fait une énumération de divers actes, religieusement interdits et susceptibles de donner lieu à l'exercice de la ḥisba, qu'on appelle *munkarāt*. Ils se répartissent en : 1° — *munkarāt* qui se commettent dans les mosquées, telles que le fait d'accomplir irrégulièrement la prière ; 2° — *munkarāt* qui se commettent dans les marchés, telles que la fraude dans les transactions commerciales, la vente d'objets interdits, pièces de jeux, images ; 3° — *munkarāt* qui se commettent sur les voies publiques, telles que le fait d'empiéter par une construction sur ces voies, d'y déposer des objets, d'y planter des arbres, d'y faire circuler des animaux chargés d'un poids trop lourd ; 4° — *munkarāt* de l'hospitalité, telles que le fait d'avoir des tapisseries en soie pour la réception des hommes, le fait de tenir ou d'entendre des conversations obscènes, de manger avec gourmandise ; 5° — *munkarāt* qui se commettent dans les bains publiques, le fait de porter le regard sur les parties secrètes des autres. Mais on spécifie bien que cette énumération est faite à titre purement énonciatif, les actes religieusement interdits n'étant pas susceptibles d'énumération limitative.

3. — Il est manifeste — et les théoriciens, eux-mêmes, le reconnaissent, — que l'exercice individuel de la ḥisba est pratiquement impossible[1]. Ne fallait-il pas, alors, que l'autorité publique suppléât à la carence de l'action privé ? C'est ainsi qu'en théorie, la doctrine juridique justifie et rattache à la notion religieuse de la ḥisba l'institution de droit public portant le même nom. D'après la définition que les auteurs en donnent, la ḥisba consiste dans cette fonction qui a pour objet « d'ordonner le bien dont on néglige, d'une façon publique, l'observation et d'interdire le mal qu'on commet de la même façon (الحسبة هي امر بالمعروف اذا ظهر تركه ونهي عن المنكر اذا ظهر فعله) ». En conséquence, on distingue entre le *muḥtasib*, appellation réservée, dans la doctrine juridique, au titulaire de la fonction (on dit aussi : *wāli al-ḥisba*) et le *mutaṭawwi'* (متطوّع) c'est-a-dire, le sim-

(1) Sur les abus auxquels cet exercice pouvait donner lieu en pratique, cf. Ibn Al-Ḫaṭīb, XII, 350.

ple particulier qui, sans mandat officiel, prend l'initiative d'accomplir un acte de ḥisba[1].

La fonction de la ḥisba est considérée comme l'une des fonctions les plus importantes dans l'Etat musulman. Les auteurs de droit public en traitent longuement ; Māwardi, par exemple, lui consacre des développement détaillés[2]. Elle apparaît comme une action de moralisation de la vie juridique, un effort de la puissance publique à l'effet de veiller à l'observation des règles morales dans tout le domaine qui échappe à la compétence des autres autorités de l'Etat. Ce caractère de la ḥisba apparaît nettement dans ses applications les plus courantes : la fraude dans les transactions commerciales, l'usage abusif de la voie publique etc., ne constituent pas des actes passibles d'une sanction, relevant de la compétence des autorités répressives ; tout au plus, pourraient-ils donner lieu à un procès et à une sanction civile ; mais ce sont des actes interdits par la morale religieuse ; l'Etat interviendra, à ce titre, pour les réprimer par des mesures appropriées[3].

(1) Il est assez curieux de constater que la notion théorique de la ḥisba n'a pas eu cette même extension dans l'Occident musulman. En effet, dans la définition qu'on trouve, de cette fonction, dans les ouvrages des auteurs maġribins et andalous, on ne relève pas cette même formule générale dont se servent les auteurs orientaux pour caractériser la ḥisba et déterminer son objet : ordonner le bien, défendre le mal. On ne parle que de son objet pratique et immédiat. Ainsi, dans Makkari, le muḥtasib est représenté exclusivement comme le fonctionnaire qui contrôle les marchés (I, 105). Ibn Farḥūn indique seulement comme compétence principale du muḥtasib celle qui a pour objet le contrôle de la voirie (I, 13). Ibn ʿAbdūn montre le muḥtasib exerçant son autorité sur les basses classes de la société, entendons par là : les marchands, petits industriels etc. (*J. as.* 1934, 210). Il est encore significatif à cet égard que la ḥisba, en Occident, ait pris, dans la pratique, une appellation qui révèle sa véritable nature : c'est la *ḥiṭṭat al-sūḳ* (contrôle des marchés). (2) Māwardi, 231 et ss. (3) Dans son article consacré à la ḥisba (*E. I.*, v° *Ḥisba*), M. Zambaum la définit ainsi : « Terme de « droit administratif dont le sens primitif est comptes d'Etat, chambre des comptes. Le « mot se spécialise ensuite... ». Il ne nous semble pas qu'il y ait une relation entre la notion de ḥisba et le sens indiqué par M. Zambaum ; nous n'avons trouvé, pour notre part, aucun texte qui autorise en fait ce rapprochement ; et le terme de « compte », (en arabe حساب) qui suggère l'idée de « comptes d'Etat, chambre des comptes » a une acception absolument différente de celle du terme de ḥisba (حسبة) (v. *supra*, nos développements sur le sens de cette expression).

M. Zambaum croie encore que la ḥisba se serait ramifiée en des organismes autres que celui de la police des mœurs et des marchés en général, tels que celui de l'enregistrement des décès et naissances, de l'administration des successions et des biens des orphelins,

Si l'on fait abstraction de la portée exorbitante qu'en raison de son fondement religieux, la doctrine lui assigne et si l'on se réfère aux attributions qui lui ont été, en fait, reconnues ( v. *infra* ), la ḥisba apparaît comme une institution administrative et municipale, ayant pour objet, principalement, la police des marchés et des mœurs.

A part les développements théoriques qui lui sont consacrés dans les ouvrages de doctrine juridique, comme ceux de Māwardi et de Nuwayri, la ḥisba a donné lieu à une littérature abondante. Comme le dit Maḳḳari, « il existe des traités de ḥisba que l'on étudie comme on étudie les règles de jurisprudence[1] ». Dans ces ouvrages sont exposés et commentés longuement les principes de l'institution, ses attributions, sa procédure. Comme exemples, on peut citer le traité de Ibn Bassām, du XIII^e^ ou XIV^e^ siècle ( ère chrétienne ), qui, à notre connaissance, est encore en manuscrit[2]; celui de Ibn ʿAbdūn, de la fin du XI^e^ ou des premières années du XII^e^ siècle[3].

---

## Section II. — Organisation de la fonction publique de la hisba

Il est difficile d'être fixé, exactement, sur les origines historiques de cette fonction. Si l'on en croit la tradition musulmane et en raison du fondement religieux que la doctrine lui assigne, la ḥisba serait une institution purement islamique. Mais, même en admettant cette

ainsi que l'organisme spécial de vérification des poids et mesures, de contrôle des comptes, de l'intendance militaire.

Ce qu'il nous semble devoir être simplement retenu de ces explications, c'est comme nous le verrons plus loin, que la ḥisba — organisme unique -- a comporté, à certaines époques, diverses attributions du genre de celles qui viennent d'être indiquées. — Sur d'autres définitions, cf. Quatremère, *op. cit.*, I, 114 ).

(1) Makkari, I, 103. (2) *Bibl. Orient. de l'Université St. Joseph*, Beyrouth, n° 250. Ce texte a été commenté par Berhnauer, *op. cit.* (3) Publié et commenté par Lévi-Provençal, *Journal asiatique*, 1934, CCXXIV, 177 et ss.

hypothèse, il resterait à déterminer l'époque et les circonstances dans lesquelles cette institution a pris naissance[1]. Quelques orientalistes ont soutenu que la ḥisba a été créée sous le règne du calife abbasside Mahdi ; d'autres ont pensé que l'événement s'est produit sous Hādi[2].

En tout cas, il est certain que la fonction existe de bonne heure à l'époque abbasside. Un texte de Ṭayfūr mentionne, à l'époque de Ma'mūn ( 198/813 - 218/833 ) l'existence à Bagdad d'un établissement qui était le siège de la ḥisba ( دار الحسبة )[3]. D'autres textes mentionnent des personnages, titulaires de cette fonction au cours des premiers siècles de l'époque abbasside[4].

Dans l'Espagne musulmane, on peut affirmer que, sous le règne de Hišām ibn 'Abd al-Raḥmān, c'est-à-dire, entre les années 177/788-180/795, l'institution de la ḥisba existait déjà. En effet, dans la chronique de Futayš ibn Sulaymān, Ibn Abbār dit que l'émir Hišām le désigna à la fonction du *sūḳ*, nom donné, en Espagne, à la ḥisba[5].

Suivant un texte de Ṣābi'[6], de la fin du IIIe s. h., les muḥtasib viennent, dans la hiérarchie de l'Etat, immédiatement après les gouverneurs et les magistrats. Mais les divers postes de ḥisba de l'Etat sont eux-mêmes répartis, au point de vue de leur importance, en deux classes, la première comprenant les postes des principaux dis-

(1) Une opinion traditionaliste, que n'appuie aucune preuve, attribue la création de la ḥisba au calife Ibn al-Ḫaṭṭāb ( Ḳalk., V, 452 ). (2) Desvergers ( *Arabie*, 374 ) ; Hammer-Purgstall ( *Die Landerwaltung unter dem Chalifate*, 15 ) rapportée par Berhnauer ( *in Journal asiatique*, 1860, XVI, 118 ) et Berhnauer ( *Ibid* ). Ces auteurs se fondent sur le texte de l'annaliste Abul-Fida ( II, 12 ) qui mentionne, parmi les événements de l'année 169 h., le décès de Nāfi' ibn 'Abd al-Raḥmān, qui exerçait la profession de *muḳri'* ( lecteur et instituteur du Coran ) et le texte ajoute, en parlant du même personnage : « il était muḥtasib كان محتسباً ». Mais il n'est pas du tout sûr que le terme de muḥtasib soit pris ici pour désigner le titulaire de la fonction de la ḥisba ; nous inclinons plutôt à croire qu'il est employé dans son acception purement religieuse et que l'annaliste a voulu dire que Nāfi' exerçait sa profession de *muḳri'* à titre de muḥtasib, c'est-à-dire, gratuitement, dans le seul but de plaire à Dieu. Par contre, si l'on veut prendre le terme figurant au texte précité dans le sens de titulaire de la fonction de la ḥisba, on peut remarquer que la mention de l'existence d'un muḥtasib sous le règne de Mahdi ou de Hādi ne prouverait pas que ce même fonctionnaire n'ait pas existé antérieurement.

Par conséquent, dans un sens comme dans l'autre, le texte de Nāfi' n'autorise pas les conclusions des orientalistes susmentionnés. (3) Ṭayfūr, 72.
(4) Mas'ūdi, VIII, 179. (5) Ibn Abbār, *Ḥulla*, 60. (6) Ṣābi', 157.

tricts tels que l'Egypte, Ahwāz, etc., auxquels est assimilé le poste de la ḥisba de la capitale Bagdad ; la deuxième classe comprenant tous les autres postes institués sur le territoire. Il ressort, par ailleurs, de ce même texte, que l'institution de la ḥisba avait déjà acquis tout son développement et que son application était généralisée à toutes les provinces de l'empire abbasside. L'existence de la ḥisba est encore certaine dans l'empire fatimite[1].

Ainsi, définitivement fixée, la fonction de la ḥisba se retrouve aux diverses périodes de l'histoire du monde musulman.

A l'époque fatimite, la ḥisba figure parmi les fonctions les plus importantes, après celle de la magistrature ordinaire et celle, particulière aux Fatimites, du *dā'i al-du'āt* ( داعي الدعاة )[2]. Les textes sont d'accord pour représenter la ḥisba, à cette époque, comme n'étant confiée qu'à des personnages de premier plan. Comme pour le ḳāḍi al-ḳuḍāt, le diplôme de nomination du muḥtasib est lu publiquement dans les deux mosquées principales de la vieille ville et de la nouvelle ville du Caire et le nouveau titulaire reçoit une *ḫil'a* ( présents du calife ), à l'occasion de son installation. Le service de la ḥisba dans tout le royaume semble être centralisé. Le muḥtasib de la capitale est le chef de ce service ; tous les titulaires de poste de ḥisba, soit, dans la capitale, soit, dans les villes de province, sont considérés comme ses vicaires et ils sont nommés et révoqués par lui.

Ainsi qu'on l'a déjà vu, souvent à l'époque fatimite, les fonctions de la ḥisba et de la šurṭa sont confiées à un même personnage ou bien la ḥisba est confiée aux magistrats judiciaires[3].

D'après Ibn Ḫaldūn, cette dernière pratique avait été la règle générale aussi bien chez les Fatimites d'Egypte que dans les royaumes du Maġreb et d'Espagne[4]. Mais on retrouve aussi cette même pratique chez les Abbassides de la décadence ; un diplôme d'investiture d'un ḳāḍi al-ḳuḍāt, sous le règne du calife Mustaršid ( 512/1118-529/1135 ), lui confiait la ḥisba dans toute l'étendue du territoire[5].

D'après un texte de Ibn Al-Furāt, rapporté par Berhnauer, l'organisation de la ḥisba, à l'époque ayyubite, semble être restée exac-

(1) Ḳalk., III, 278 ; V, 451 et la note suivante. (2) Ḳalk., III, 487 ; Makrīzi, II, 342. (3) *Wulāt*, 596 ; Ḳalk., X, 388, 433. (4) Ibn Ḫaldūn, 225. (5) Ḳalk., X, 264.

tement la même qu'à l'époque fatimite à telles enseignes que ce texte, dans lequel est décrite cette organisation, est identique à celui dont se servent d'autres historiens, comme Maḳrīzi. pour l'époque fatimite[1].

Sous les Mamluks, la ḥisba occupe, dans la catégorie des fonctions religieuses, le cinquième rang. Les textes répètent que c'est une fonction très importante ( هي وظيفة جليلة رفيعة الشأن )[2].

A cette époque, en Egypte, il y a trois postes principaux de ḥisba : deux, dans la capitale, et un, à Alexandrie. Dans la capitale, le premier poste est celui du nouveau-Caire ( Ḳāhira ). C'est aussi le plus important et qui a préséance sur tous les autres. Son titulaire a, seul, le privilège de siéger aux audiences de justice que tient le sultan, au *dār al-'adl*. Le deuxième poste est celui du vieux-Caire ( Miṣr ou Fusṭāṭ ). Au point de vue de l'organisation hiérarchique de la ḥisba, le territoire d'Egypte est divisé en deux zones : la zone nord ( *al-wağh al-baḥri* et la zone sud ( *al-wağh al-ḳibli* ). La zone nord relève du muḥtasib du Nouveau-Caire ; la zone sud relève du muḥtasib du Vieux-Caire. Ces deux hauts fonctionnaires nomment et révoquent les titulaires des divers postes de ḥisba dans leurs ressorts respectifs. Les muḥtasib de province sont considérés comme les vicaires du muḥtasib de la capitale dont ils relèvent.

Quant à Alexandrie, elle constitue, à cet égard, un municipe autonome. Elle a un muḥtasib distinct, dont l'autorité ne dépasse pas les limites de la ville[3].

Parfois, au Caire, la ḥisba, comme à l'époque fatimite, est confondue avec la šurṭa et confiée à un même titulaire[4].

Une organisation analogue à celle de la métropole existe dans les diverses provinces du royaume mamluk : à Damas[5], Alep[6], Tripoli[7], Ḥama[8], Safed[9]. Et le titulaire de la ḥisba dans chacun de ces chefs-lieux est le chef hiérarchique de tous les muḥtasib de son ressort.

(1) Berhnauer, *Journal asiatique*, 1861, XVI, 138. (2) Ḳalḳ., IV, 37. (3) Ḳalḳ., XI, 211, 415 ; IV, 37. (4) Ḳalḳ., XI, 415. (5) Ḳalḳ., IV, 193. (6) Ḳalḳ., IV, 221. (7) Ḳalḳ., IV, 234. (8) Ḳalḳ., IV, 238. (9) Ḳalḳ., IV, 240.

Dans l'Occident musulman, en Espagne, au Maroc, la ḥisba est une institution aussi généralisée qu'en Orient. Elle porte aussi, plus couramment, le nom de *sūḳ* abréviation de *ḫiṭṭat al-sūḳ* ( خطة السوق ) étant donné que la juridiction de la ḥisba s'exerce principalement, sinon exclusivement, sur les marchés[1]. Un texte de Ibn Baškuwāl lève tout doute sur l'identité de la ḥisba et du sūḳ. Faisant la biographie d'un personnage du IVe s. h., cet auteur andalous s'exprime ainsi : il fut nommé « à la fonction de la ḥisba qu'on appelle chez nous *wilāyat al-sūḳ*[2] ». L'identité est telle qu'on fond les deux termes en une seule expression pour désigner la même fonction : *ḥisbat al-sūḳ* ; des textes disent que telles personnes ont été nommées à la ḥisbat al-sūḳ de telle ville ; qu'ils étaient les muḥtasib dans tel sūḳ[3].

On trouve des postes de ḥisba dans les principales villes d'Espagne ; les chroniques rapportent un grand nombre de nominations à cette fonction.

Les différents auteurs mentionnent la ḥisba parmi les fonctions les plus importantes de l'Occident musulman[4]. Le titulaire doit être choisi parmi les personnages les plus considérables du royaume. Son statut juridique se rapproche beaucoup de celui du magistrat judiciaire : « comme s'il était (le muḥtasib) un ḳāḍi » ( كأن صاحبها قاضٍ ) dit Ibn Farḥūn[5]. Le *iḥtisāb* ( ḥisba ), dit Ibn ʿAbdūn, « est le frère du *ḳaḍāʾ* » ( magistrature judiciaire[6] ).

En Espagne, la ḥisba est placée sous l'autorité du ḳāḍi : c'est lui qui nomme et révoque les titulaires de cette fonction. Le muḥtasib, dit encore Ibn ʿAbdūn, est le bras droit du ḳāḍi ; en cas d'empêchement du ḳāḍi, c'est le muḥtasib qui le supplée. — « Chez les Ubaydites du Maġreb et chez les Umayyades d'Espagne, dit Ibn Ḫaldūn, la ḥisba rentrait dans les attributions du ḳāḍi ; c'était lui qui nommait librement à cette fonction[7] ». — Dans le royaume de Tunisie, on cite la fonction de la ḥisba immédiatement après celle de la magistrature[8]. Et il en est de même au Maroc[9].

(1) Pour l'emploi de la même expression en Orient, cf. Ibn ʿAsākir, IV, 41 ; Ṭabari, éd. 1939, VI, 267 ; Ibn Al-Ḫaṭīb, XII, 245. (2) Ibn Baškuwāl, 301. (3) Ibn Farḥūn, II. 151 ; Ibn Abbār, *Takmila*, I, 149, 364 ; Vonderheyden, 7 ; Bel et Chêneb, 101. (4) Ibn ʿAbdūn, *Journal Asiatique*, 1934. CCXXIV, 210 ; Ibn Farḥūn, I, 13 ; Maḳḳari, I, 103. (5) Ibn Farḥūn, *eod. loc.* ; Maḳḳari, I, 103. (6) Ibn ʿAbdūn, *eod. loc.* (7) Ibn Ḫaldūn, 226. (8) Ḳalḳ., V, 140. (9) Ḳalḳ., V, 203.

Comme en Orient, et spécialement en Egypte sous les Mamluks, mais bien avant, en Espagne, la pratique était courante de confier la charge de la ḥisba, concurremment avec la šurta, à un même titulaire[1].

On relève aussi des cas de cumul avec la magistrature ordinaire[2]. Mais cela a beaucoup moins d'importance en Occident qu'en Orient ; car, comme on vient de le voir, d'après Ibn 'Abdūn, l'office de la ḥisba était, de plein droit, placé sous l'autorité du ḳāḍi ; il n'est donc pas étonnant que le ḳāḍi soit chargé de l'exercice effectif des deux fonctions[3].

Le titulaire de la ḥisba n'exerce, naturellement, pas, seul, les diverses attributions qui rentrent dans sa compétence ; il est assisté à cet effet d'un corps de fonctionnaires qui relèvent de son autorité exclusive. Les nā'ib ou vicaires du muḥtasib principal d'une ville, dont parlent les textes que nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer, ne sont pas seulement les divers muḥtasib qu'il désigne dans les postes secondaires de la circonscription ; ces termes s'appliquent aussi à tous les agents subalternes, placés sous l'autorité de tout muḥtasib pour assurer l'accomplissement des attributions du service. Ce sont ces agents, agissant, ou bien seuls, ou bien en compagnie de leur chef, qui parcourent les marchés pour contrôler les poids et mesures des marchands, la qualité et le prix des marchandises, les moyens d'hygiène dans les magasins d'alimentation etc.. Ce sont aussi des agents de cette catégorie qui assurent l'exécution des décisions du muḥtasib et, spécialement, des mesures répressives qu'il ordonne.

Mais, à part ces fonctionnaires subalternes, qui font partie de l'organisme de la ḥisba, le muḥtasib se fait aussi assister par des auxiliaires privés. La pratique s'était établie que le muḥtasib choisît, dans chacune des corporations dont il avait le contrôle, une personne, particulièrement qualifiée par son honnêteté et sa sagacité, pour être comme le chef de sa corporation ; c'est le *'arīf* (عريف). Ce personnage a pour mission de tenir constamment le muḥtasib au cou-

(1) Faraḍi, I, 11, 47, 311 ; Ibn Baškuwāl, 138, 495, 323. (2) Ibn Baškuwāl, 301. En Orient, cette pratique n'aurait, d'après Suyūṭi, commencé à apparaître qu'au début du VII^e s. h., par la nomination, aux deux fonctions, de Adami, en 716 (Suyūṭi, *Tārīḫ*, 206). Mais un autre texte (Yākūt, VI, 30) rapporte un cas analogue de nomination, dans la ville d'Alep, en 496. (3) Sur la survivance de la ḥisba dans les royaumes francs, cf. Quatremère, *Maml.*, II, 2^e partie, 271, n° 61 ; Ḥāyek, *Le droit franc en Syrie*, 105 et ss.

rant des événements qui se produisent au sein de la corporation ou sur le marché, de la conduite de ceux qui exercent la profession, des prix pratiqués, des marchandises importées, en somme, de tout ce qui pourrait intéresser le muḥtasib pour l'exercice de ses attributions.

Le cas échéant, le muḥtasib peut requérir l'assistance des agents de la šurta et du gouverneur. Dans certains diplômes de nomination, l'autorité supérieure prend soin de spécifier que les ordres nécessaires ont été donnés aux gouverneurs de prêter main-forte au muḥtasib nouvellement nommé[1]. Dans d'autres textes, on voit des agents de la šurta mis effectivement à la disposition des muḥtasib pour assurer la police des marchés[2].

---

## Section III. — Le caractère religieux de la hisba

Tout comme l'institution judiciaire kadiale, l'institution de la ḥisba a un caractère religieux très prononcé. En principe, ce caractère apparaît nettement dans le fondement et les origines que la doctrine assigne à la ḥisba. Nous avons vu, en effet, comment l'existence de cette institution administrative organisée qu'est la ḥisba se justifie aux yeux de la doctrine par l'obligation religieuse du même nom qui doit être accomplie par tout musulman : ce n'est qu'en raison des nécessités pratiques, étant donné l'impossibilité pour les individus d'accomplir eux-mêmes cette obligation, que la ḥisba a été assumée par les pouvoirs publics, tout en laissant intact le principe originel de l'obligation individuelle. Tous les auteurs invoquent, comme fondement juridique de l'institution, les textes du Coran et les traditions de la Sunna. On trouve toujours, en tête du chapitre ou du traité consacré à la ḥisba, une citation plus ou moins longue de ces principes. En conséquence, l'objet de l'institution administrative aura exactement la même définition que celui de l'obligation individuelle, définition qui est tirée elle-même du livre sacré : « ordonner le bien,

(1) Ḳalk., XI, 71. (2) Makrīzi, II, 342 ; Berhnauer, *op. cit.*, 120.

interdire le mal » ( الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ). Cette définition se retrouve dans tous les traités, même les traités purement pratiques.

Dans la répartition des fonctions publiques en fonctions civiles ou militaires et en fonctions religieuses, la ḥisba figure toujours dans la deuxième catégorie, en concours avec la fonction judiciaire. Ainsi, en a-t-il été sous les Abbassides[1] ; et il en sera ainsi sous les Fatimites[2], les Ayyubites et les Mamluks[3]. Dans la définition qu'en donnent les auteurs, la ḥisba est toujours qualifiée de « fonction religieuse », « service religieux ». Ainsi, notamment, s'expriment Ibn Ḫaldūn : الحسبة هي وظيفة دينية[4] ; Maḳrīzi : انها خدمة دينية[5].

C'est pourquoi, une des conditions principales d'aptitude à cette fonction est la qualité de musulman. Les auteurs insistent sur cette condition : le titulaire de la ḥisba doit être musulman parce que la fonction est elle-même une fonction religieuse ( musulmane ). A l'instar de la magistrature et à la différence de quelques autres fonctions que des non-musulmans, chrétiens ou juifs, parvenaient à occuper, pour la ḥisba, un obstacle de droit insurmontable est élevé contre toute candidature non-musulmane. De plus, le titulaire de la ḥisba acquiert lui-même un caractère religieux. Il fera partie, comme les ḳāḍi et les hommes de loi, de cette classe qui constitue ce que l'on pourrait appeler — très improprement, d'ailleurs — le clergé de l'Islam. La ḥisba, disent les auteurs, n'est confié « qu'aux porteurs de turban » ( كانت الحسبة منحصرة في المتعممين ) ; entendons par là les personnages qui, comme les ḳāḍi, les auxiliaires de justice, les mufti, etc. sont considérés comme les représentants et les interprètes les plus attitrés de la religion. Les muḥtasib porteront, en conséquence, le même costume distinctif que ces personnages[6].

Cependant, Ḳalḳašandi note que cette tradition fut interrompue au cours de la deuxième période mamluk, sous le règne du sultan

(1) Ḳalk., III, 278. (2) Ḳalk., III, 487. (3) Ḳalk., IV, 37 ; IX, 256. (4) Ibn Ḫaldūn, 225. (5) Makrīzi, II, 342. Même expression dans Ibn Al-Furāt, *in* Berhnauer, *op. cit.*, 138. (6) Le muḥtasib « est revêtu d'une longue pelisse. Au lieu de la forme généralement arrondie, son turban « consiste dans une sorte de chapeau plat en dessous et s'élevant en cône, à peu près « comme un pain de sucre. Ce cône, non tronqué, est recouvert d'une mousseline de la « plus grande blancheur et de la finesse la plus recherchée, dont les plis unis et coordon- « nés s'élèvent en spirales ». Il s'agit sans doute de la kalansuwa et de la ṭarḥa ( cf. I, 293 ). Le costume ainsi décrit est celui des muḥtasib d'Egypte.

Šayḫ vers la fin du VIIIe s. h.. Ce sultan, en effet, nomma à la ḥisba, en Egypte, un homme d'épée, l'émir Sayf al-dīn Mankali[1]. A partir de cette date « les porteurs de turban » n'eurent plus l'exclusivité de la charge.

Les auteurs ajoutent que le muḥtasib doit être un juriste, un *faḳīh*, versé dans la connaissance du Coran, de la Sunna etc. Car, précisément, sa charge consiste à faire observer les prescriptions divino-juridiques.

Mais le muḥtasib ne doit pas seulement se contenter de connaître la loi, il doit lui-même en observer, dans sa conduite personnelle, les commandements. Comme le dit un traité de ḥisba, le muḥtasib doit agir conformément à sa science (la loi), ses actes ne doivent pas être contraires à ce qu'il commande aux autres[2]. « Il est nécessaire pour le muḥtasib, dit un autre texte, qu'il cherche, dans « ses paroles et ses actions, à plaire à Dieu, qu'il tâche de se rendre « digne de sa grâce par une intention pure... — La conduite du muḥ- « tasib doit être imprégnée de douceur... — Il convient que le muḥ- « tasib observe strictement les mœurs et les coutumes traditionnelles « du Prophète quant à la coupe des moustaches,... l'aspect net des « habits, etc.[3] ».

Fonctionnaire religieux, le muḥtasib est particulièrement qualifié pour veiller à l'observation des prescriptions de la loi sacrée, comme cela apparaîtra dans l'exposé des attributions de ce fonctionnaire.

C'est au même principe que se rattache la compétence du muḥtasib en matière de contrôle des non-musulmans : il les oblige à se conformer aux règlements qui ont pour objet de maintenir la différence qui doit les distinguer des musulmans, afin d'assurer la permanence de la suprématie de l'Islam sur toutes les autres religions.

Enfin, c'est un autre signe du caractère religieux de la ḥisba que le muḥtasib, comme le ḳāḍi, tient ses audiences dans les mosquées. Sans doute, des établissements spéciaux seront affectés au service de la ḥisba. Plusieurs textes, en effet, parlent du « siège de la ḥisba » (مجلس الحسبة ou دار الحسبة). Mais, dans la description des ca-

(1) Ḳalḳ., XI, 211. (2) Ibn Bassām, *eod, loc.* (3) Berhnauer, *op. cit.*, 323.

ractéristiques principales de la ḥisba, en Egypte, les auteurs indiquent que le muḥtasib « a le droit de tenir audience, une fois tous « les deux jours, dans chacune des deux principales mosquées du « Caire[1] ». C'est aussi à la mosquée que se déroule la cérémonie d'installation du muḥtasib[2].

---

## Section IV. — Attributions

C'est bien l'étude des attributions rattachées effectivement à la fonction de la ḥisba qui permet d'en connaître la véritable nature. Alors que de la définition si générale et si vague que l'on donne ordinairement de cette fonction il semble ressortir que son domaine d'exercice s'étend à toutes les manifestations de l'activité des hommes, il apparaît, des attributions pratiquement exercées, qu'elle ne dépasse pas les limites d'une institution ordinaire d'administration et de police. Aussi bien, la théorie générale des attributions de la ḥisba qu'a construite la doctrine juridique diffère considérablement de ce qu'ont été, en fait les attributions dévolues, à cette fonction.

### §. Ier — Attributions théoriques[3]

La doctrine répartit les attributions de la ḥisba en deux grandes catégories qu'on fait correspondre aux deux principes théoriques fondamentaux de cette fonction : ordonner le bien et interdire le mal.

1. — Les attributions que l'on fait rentrer sous la première rubrique se subdivisent elles-mêmes en attributions purement religieuses, « concernant les droits de Dieu », en attributions temporelles,

(1) Makrīzi, II, 342 ; Ḳalḳ., III, 487. (2) Makrīzi et Ḳalk., *eod. loc.*
(3) Sur ce point, cf., notamment, Māwardi. 334 et ss. ; Nuwayri, VI, 296 et ss.

« concernant les droits des hommes », et, enfin, en attributions mixtes.

*Attributions religieuses.* — L'exemple le plus caractéristique que donne la doctrine des matières dans lesquelles s'exerce ce genre d'attributions, celui qu'elle commente le plus longuement, consiste dans l'observation du précepte de la prière, spécialement, la prière du vendredi.

*Attributions temporelles.* — On distingue entre les obligations qui s'imposent aux hommes, en général, et celles qui s'imposent à chaque homme, en particulier. Comme exemples de la première catégorie, on cite l'obligation où se trouvent l'ensemble des habitants d'une ville, au cas où l'administration publique ne dispose pas des fonds nécessaires, de réparer les murs de la cité ou les conduites des eaux, d'assurer leurs besoins aux mendiants qui errent dans la ville. Quant aux obligations qui s'imposent aux individus en particulier, on cite, comme exemple, le cas de toute personne qui, tenue d'une dette quelconque, refuse injustement de l'exécuter ; le muḥtasib a le droit de l'y contraindre, sur plainte du créancier. Mais les moyens de contrainte ne peuvent pas consister en un emprisonnement mais simplement en ce procédé dit *mulāzama* (ملازمة), qu'au besoin, on autorise le créancier lui-même à employer[1]. Le muḥtasib apparaît ainsi comme un agent d'exécution.

*Attributions mixtes.* — Les obligations qui donnent lieu à l'exercice de ces attributions sont, principalement, l'obligation des tuteurs de marier leurs pupilles, l'obligation des femmes veuves ou répudiées d'observer le délai de viduité, les obligations des pères envers leurs enfants, celles des patrons envers leurs esclaves, des gardiens d'animaux, de les nourrir et de ne pas leur infliger de mauvais traitements etc... Pour l'observation de ces règles, le muḥtasib dispose d'un

(1) Ce procédé consiste, comme le mot l'indique, à accompagner constamment par soi-même ou par un tiers, le débiteur, dans quelque endroit qu'il se trouve, sauf lorsqu'il pénètre dans son domicile, à moins que le créancier ne lui assure lui-même ses moyens de subsistance et un logis.

احسن الاقاويل في الملازمة ما روي عن محمد قال : يلازمه في فنائه ولا يمنعه من الدخول الى اهله ولا من الغداء والعشاء ولا من الوضوء والخلاء فان اراد الطالب ان يمنعه من ذلك فانه يكفيه مؤنة الغداء والعشاء وما يحتاج اليه مما لا بد منه وله ان يلازمه بنفسه واجراءه وولده (Ḳāḍiḫān, II, 367).

pouvoir coercitif, et, le cas échéant d'un pouvoir de répression, comme la fustigation, et, même, le bannissement ( de la cité ).

2. — Les attributions qui découlent du principe d'interdiction du mal se répartissent, comme les précédentes, en trois catégories.

*Attributions religieuses.* — La première catégorie a pour objet d'interdire et de réprimer les actes qui tendent à la violation positive d'une règle religieuse. Cette première catégorie se subdivise elle-même ; 1° — en actes religieux proprement dits tels que le fait d'accomplir la prière contrairement aux rits légaux, de rompre le jeûne du ramaḍān, de s'adonner, sans nécessité, à la mendicité, d'exercer l'enseignement de la loi sans qu'on possède les connaissances nécessaires à cet effet, d'interpréter la loi contrairement à la doctrine orthodoxe ; 2° — en actes qu'on appelle *maḥẓūrāt* (محظورات) ( interdits ) tels que la consommation de boissons alcooliques, l'usage d'instruments de divertissement interdits, le fait de se trouver avec une femme dans une rue peu passante etc... 3° — en actes constituant des transactions illicites telles que le prêt à intérêt, les contrats dont la nullité est reconnue sans controverse, les fraudes commerciales, telles que la hausse injustifiée des prix, la falsification des denrées, les fraudes dans les poids et mesures etc...

Cependant, relativement à tous ces actes, la doctrine exige, pour l'intervention du muḥtasib, une condition supplémentaire : la publicité ; c'est pourquoi le muḥtasib n'a pas qualité pour faire des enquêtes dans le but de rechercher des actes illicites non commis publiquement.

*Attributions temporelles.* — Elles ont trait aux obligations résultant de rapports de droit privé, telles que les obligations de voisinage entre propriétaires. On y fait rentrer le contrôle des professions des médecins, apothicaires, bijoutiers, orfèvres, teinturiers etc...

*Attributions mixtes.* — Elles consistent, notamment, à interdire à chaque habitant d'avoir des vues sur l'intérieur des maisons de ses voisins, à contrôler la conduite des non-musulmans en les contraignant à observer les règlement qui les concernent, à obliger les magistrats judiciaires à juger les procès pendant devant eux et à les empêcher de commettre des dénis de justice[1], à interdire aux propriétaires

(1) Nuwayri, VI, 313.

d'esclaves et d'animaux de leur imposer des charges excédant leurs forces, à contraindre les propriétaires à assurer la subsistance et l'habillement de leurs esclaves, à interdire les chargements trop lourds des navires etc...

Dans l'exercice de toutes ces attributions, le muḥtasib possède un large pouvoir de répression. Les sanctions autorisées par la doctrine consistent, principalement, dans la peine de la réprimande, du fouet et même du bannissement, tout comme il appartient aux muḥtasib d'assurer *manu militari* l'observation des obligations de ḥisba, par exemple en démolissant le mur qui empiète sur la propriété du voisin ou en faisant enlever l'étalage des marchandises des commerçants sur la voie publique, ou en faisant enlever une partie de la cargaison d'un navire trop chargé.

On aura remarqué, cependant, que, malgré les classifications apparemment nettes qu'adopte la doctrine dans l'exposé des obligations de ḥisba et des attributions des muḥtasib, une grande confusion continue à régner dans cet exposé : un même chef d'attribution se retrouve sous des rubriques différentes, tel que celui concernant le traitement des esclaves, des animaux, les obligations entre voisins.

## §. 2. — Les attributions réelles

Ce n'est plus dans les ouvrages de doctrine, comme le traité de Māwardi et le recueil de Nuwayri, et, à plus forte raison, ce n'est pas dans les traités proprement religieux, comme ceux de Ġazāli ou Ibn Ḥazm, qu'il faut rechercher les attributions qui constituaient la compétence effective de l'organisme de la ḥisba, mais bien plutôt dans les travaux d'histoire générale, tels que ceux de Ibn Ḫaldūn, Maḳrīzi, dans les diverses chroniques et anecdotes historiques, dans les diplômes de nomination aux fonctions de ḥisba ou autres fonctions publiques auxquelles était jointe la ḥisba, dans les manuels rédigés spécialement pour servir de guides aux agents de ḥisba. Ces derniers ouvrages sont d'autant plus précieux que ce sont eux qui se sont répandus dans le public ; qu'ils contiennent les véritables principes de la ḥisba, et qu'ils ont servi, comme le dit Maḳrīzi, à l'enseignement pratique des règles d'exercice de cette fonction.

Telles qu'elles résultent de ces divers ouvrages, les attributions de la ḥisba accusent un caractère municipal prononcé. Ce sont les

professions qui s'exercent à l'intérieur des villes, dont le muḥtasib a le contrôle ; ce sont les situations de fait créées par la vie commune dans les cités qui suscitent son intervention. Certains auteurs font bien ressortir cette caractéristique de la ḥisba lorsqu'ils définissent son objet. Ibn Ḫaldūn, par exemple, dit, en termes généraux, que le muḥtasib est chargé de « veiller à l'intérêt général dans les villes ( يحمل الناس على المصالح العامة في المدينة ) ».

Les attributions de la ḥisba peuvent être ramenées aux chefs suivants :

*La police des marchés.* — D'une façon plus générale, on peut dire qu'il s'agit du contrôle de l'exercice du commerce et de l'industrie dans la ville. C'est là l'attribution principale, essentielle, du muḥtasib. Presque toujours, elle est indiquée expressément dans la définition que l'on donne de la ḥisba, dans les ouvrages et les textes de caractère pratique. Les agents du muḥtasib, dit Maḳrīzi, parcourent le marché pour surveiller les artisans et les marchands de produits d'alimentation et d'autres articles ; ils vérifient la qualité de la viande chez les bouchers, inspectent les restaurants etc.[1]. Les diplômes de nomination précisent cette compétence. Dans un diplôme d'un ministre de la deuxième moitié du IVe s. h., le calife lui recommande de prescrire aux muḥtasib du royaume de contrôler l'exercice du commerce et des autres professions (تصفح احوال العوام في حرفهم ومتاجرهم)[2]. Dans un autre diplôme, du début du Ve s. h., il est prescrit aux muḥtasib de contrôler « la conduite des hommes dans les marchés (الكشف على احوال العوام في الاسواق)[3] ». A plus forte raison, dans les diplômes de nomination spéciaux de ḥisba et dans ceux délivrés à des personnages qui cumulent cette fonction avec une autre, telle que la magistrature ou la šurṭa, cette compétence est toujours indiquée[4]. Elle est tellement générale et essentielle que dans certains pays,

(1) Ḳalḳ., X, 30. — En un temps de disette au Caire, vers la fin du VIIe s. h., le muḥtasib sévissait contre les marchands qui vendaient de la chair de chien et des charognes ( Quatremère, *Maml.*, II, 2e p., 30 ).

(2) Ḳalḳ., X, 43.

(3) Ḳalḳ., X, 110, 264 ; XI, 96.

(4) Il est resté quelques vestiges de ce chef d'attribution de la ḥisba dans le langage arabe courant. Ainsi, dans certaines villes de Palestine, on désigne les poissonneries — sur lesquelles s'exerçait le contrôle des agents de la ḥisba — du nom même de *ḥisba*. Dans d'autres régions, comme certains villages du Liban, les taxes municipales payables dans les marchés sont appelées des taxes de ḥisba ou, plus simplement, ḥisba.

comme l'Espagne, la fonction de la ḥisba porte le nom de *sūḳ* ( marché ).

La matière la plus importante qui rentre sous ce chef d'attributions est celle du contrôle des poids et mesures[1]. Le muḥtasib, dit Ibn Ḫaldūn, contrôle tout ce qui concerne les fraudes dans les poids et mesures[2]. Cette même compétence est indiquée dans Maḳrīzi, Ibn Al-Furāt etc.. Les diplômes de nomination insistent encore, particulièrement, sur ce même point, ainsi que tous les manuels pratiques de ḥisba; et l'on cite, pour faire ressortir son importance, divers textes du Coran qui fulminent des malédictions contre ceux qui commettent des fraudes de cette nature[3].

Par analogie, on a étendu la compétence des muḥtasib au contrôle de la frappe des monnaies. D'après Maḳrīzi et Ibn Al-Furāt, les muḥtasib, à l'époque mamluk, étaient préposés ordinairement à la direction de l'hôtel des monnaies ( كان له النظر في دار العيار )[4], charge qui, en principe, constituait une fonction distincte ayant son titulaire propre[5]. Certains diplômes d'investiture mentionnent expressément cette compétence du muḥtasib[6].

Dans l'exercice de son contrôle sur les diverses branches du commerce et de l'industrie, le muḥtasib se fait seconder par un personnage appelé *'arīf* (عريف), qui est choisi dans chaque profession et chargé de rapporter au muḥtasib tous les renseignements concernant ses confrères et l'état des affaires de la profession[7].

Les diverses professions qui, en principe, sont ainsi placées sous le contrôle de la ḥisba sont toutes celles qui peuvent s'exercer dans une ville, depuis celles des boulangers, bouchers, tailleurs, jusqu'à celles des médecins, vétérinaires, apothicaires, défenseurs en justice, notaires. Le traité de ḥisba de Ibn Bassām énumère à cet égard cent deux professions.

(1) Elle est à tel point importante qu'elle donne, parfois, son nom à la fonction même : pour dire que tel personnage était muḥtasib, certains textes disent qu'il était « le préposé aux poids et mesures ( كان على الموازين والمكاييل ). ( Ibn Al-Ḫaṭīb, XII, 244, 247).
(2) Ibn Ḫaldūn, 225. (3) ويل ( CXXXIII, 1 ) واقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا للمتطفلين اذا اكتالوا الميزان ( CV, 7 ) اوتوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا بالقسطاس ( XVI, 182 ). (4) Maḳrīzi, II, 312 ; Berhnauer, *op. cit.*, 138. (5) Cf. not., Ibn Ḫaldūn, 226. (6) Ḳalk., XII, 339. (7) V. *supra*, 627.

Il faudrait un ouvrage entier pour exposer toutes les règles, très détaillées, que le muḥtasib doit observer dans l'exercice de sa charge. Elles révèlent, en principe, une administration municipale très scrupuleuse et un souci remarquable du confort, du bien-être et de l'hygiène publics. Voici quelques-unes de ces règles. Suivant l'une d'elles, il n'est pas permis au muḥtasib d'ordonner une tarification des marchandises et d'obliger les marchands à vendre aux prix fixés; mais il peut et doit interdire l'accaparement des produits d'alimentation et, le cas échéant, il peut saisir les produits accaparés et les vendre lui-même au juste prix. Mais la pratique ne s'est pas toujours conformée à cette règle. Si, pour certains articles de première nécessité, un prix est habituellement pratiqué, le muḥtasib intervient pour réprimer toute hausse. Suivant la réglementation de la ḥisba, dans l'Espagne musulmane, le muḥtasib parcourt le marché pour vérifier le poids du pain, car, dit Maḳḳari, le pain se vend, en Espagne, suivant des poids et à des prix déterminés par l'usage[1]. En Orient, un diplôme du calife abbasside Nāṣir (575/1180-622/1225) spécifie que le titulaire de la ḥisba contrôle les mouvements de hausse et de baisse des prix et veille à ce que les prix soient conformes aux circonstances courantes (وان يجري الامر فيها بحسب ما تقتضيه الحال الحاضرة والموجبات الشائعة الظاهرة)[2]. Il résulte de ces textes que le muḥtasib a pu exercer, en fait, un droit de tarification des prix. Plus tard, des diplômes de l'époque mamluk indiquent expressément que le muḥtasib réprime toute hausse injustifiée des prix[3].

De même, le muḥtasib interdit l'introduction sur le marché de toutes marchandises nuisibles et malpropres.

Le muḥtasib exerce aussi son contrôle sur les navires, en veillant à ce qu'ils ne soient pas chargés au-delà du jaugeage normal.

Pour les apothicaires et les droguistes, un modèle de diplôme de l'époque mamluk indique que le muḥtasib doit exiger d'eux la fourniture de cautions personnelles, garantissant qu'aucun médicament ne soit délivré sans une ordonnance d'un homme de l'art.

(1) Makkari, I, 103. (2) Ḳalḳ., X, 291. (3) Ḳalḳ., XII, 60, 63. — Le pouvoir de tarification des produits de consommation est confirmé encore par un texte de Nuwayri (VIII, 223). Sur ce pouvoir de tarification, particulièrement dans la doctrine malékite et dans la pratique du 9e/14e s., dans le Maġreb, cf. Talbi, *Quelques données sur la vie sociale en Occident musulman*, in *Arabica*, 1954, 299.

Le contrôle de la voierie dans les villes est aussi un des principaux chefs d'attribution municipale des muḥtasib. Ils doivent veiller à la propreté des rues, à y assurer une circulation normale et facile[1]. C'est pourquoi, les muḥtasib ont pouvoir de statuer sur les cas d'empiètement d'immeubles riverains sur la voix publique, le cas de dépassement excessif des balcons ou autres saillies.

Le muḥtasib doit surveiller l'état des constructions et ordonner la démolition des immeubles qui menacent ruine et constituent un danger pour les passants[2], ( ce qui peut laisser supposer que seuls les immeubles bordant des voies de communications sont soumis au contrôle des muḥtasib ). D'après le traité de Ibn 'Abdūn, le muḥtasib doit surveiller la construction même des immeubles et exiger qu'elle se fasse suivant toutes les règles de l'art et les exigences de la sécurité [3].

Des dispositions spéciales sont aussi prévues pour la protection des animaux. Il est interdit de leur infliger de mauvais traitements et, notamment, de les charger de poids excessifs. Pareillement, le muḥtasib doit interdire de faire porter par des hommes des fardeaux trop lourds[4]. Mais il semble bien que l'intervention du muḥtasib ne s'exerce, en cette matière, que lorsque les mauvais traitements et les chargements excessifs présentent un caractère de publicité ( animaux ou portefaix circulant dans les rues ).

La police des marchés d'esclaves rentrant, en principe, dans les attributions du muḥtasib, constituait, cependant, à certaines époques, une fonction ayant un titulaire distinct. Un diplôme de la deuxième moitié du IVe s. h. et un autre du début du Ve s. h. font mention, à titre distinct, de la ḥisba des marchés d'esclaves ( اسواق الرقيق )[5]. Mais, à partir du VIIe s. h., ou VIIIe tout au moins, les manuels de ḥisba mentionnent cette fonction parmi les attributions du muḥtasib ordinaire. Indiquons, entre autres détails de la règlementation des marchés d'esclaves, que les marchands ne sont autorisés à y entreprendre l'exercice de leur profession qu'après avoir prêté serment de ne cacher aucun vice dont ils auraient connaissance dans les esclaves offerts à la vente ; ... qu'ils doivent tenir registre des opérations qu'ils effectuent etc..

(1) Ibn Abbād, 39 s. (2) Ibn Ḫaldūn, 225. (3) *Journal asiatique*, 1934, CCXXIV, 233 et ss. (4) *Journal asiatique*, 1934, CCXXIV, (5) Ḳalḳ., X, 16, 29, 42.

*Contrôle d'autres professions diverses.*

Toutes les professions qui s'exercent dans les villes, sont, en principe, soumises, comme nous l'avons indiqué, à l'autorité du muḥtasib. Sa fonction tend à assurer l'exercice loyal et utile de la profession. C'est pourquoi, le muḥtasib a le droit, le cas échéant, d'interdire à un individu l'exercice de sa profession, par exemple, à un médecin ignorant la pratique de la médecine[1]. C'est par application de la même idée qu'il est reconnu que le muḥtasib assume la surveillance des établissements d'enseignement. Cette surveillance a spécialement pour objet d'interdire, et au besoin de réprimer, les mauvais traitements qui peuvent être infligés par les instituteurs aux élèves. Le muḥtasib interdit aux instituteurs privés de donner l'enseignement dans leur domicile particulier ; il leur fait obligation d'enseigner les principes de la religion, de donner une bonne instruction, etc...

Exerçant son autorité sur les marchands et membres de beaucoup d'autres professions, le muḥtasib est naturellement appelé à assurer l'exécution des décisions de l'administration supérieure concernant ces différentes catégories de personnes. Si des taxes sur le commerce sont imposées, c'est le muḥtasib qui sera chargé d'en assurer la perception. On peut rapporter, à cet égard, qu'en l'année 780/1387, le sultan donna ordre « au muḥtasib du Caire de percevoir « des commerçants et propriétaires de métiers l'impôt légal du zakāt « sur tous leurs biens[2] ».

Nous verrons bientôt que le muḥtasib est aussi chargé d'aviser à l'instruction religieuse et l'accomplissement des devoirs religieux des marchants et autres personnes dont l'activité s'exercent dans les marchés.

*La police des mœurs.*

Dans la ville, le muḥtasib veille sur les mœurs publiques. Il exerce son contrôle sur les maisons de tolérance et, en général, sur toutes les femmes de mauvaise vie. Le trafic et la consommation des boissons alcooliques, des stupéfiants sont soumis à son contrôle. Ces attributions faisaient même parfois l'objet d'un affermage spécial.

(1) Ḳalḳ., XII, 381.

(2) Zreik, 12; *adde*, pour un cas analogue, Quatremère, *Maml.*, II, 2e p., 166.

Maḳrīzi rapporte que Šaraf al-dīn Al-Fārisi, ministre sous le règne du premier sultan mamluk Aybek, « donna en affermage le contrôle du vin, du *ḥašīš* et des maisons de tolérance[1] ».

Le muḥtasib doit même interdire à une femme et à un homme de s'arrêter sur la voie publique pour lier conservation d'une façon suspecte. Dans les réunions publiques, le muḥtasib veille à ce que les femmes ne se mêlent pas aux hommes. Il interdit aux femmes les lamentations dans les cimetières, leur interdit aussi de suivre les enterrements, ou, tout au moins, leur ordonne de ne les suivre que la tête et le visage voilés.

Si l'autorité supérieure décide une réglemention concernant la circulation des femmes dans les rues de la ville, c'est le muḥtasib qui sera chargé d'en assurer l'application. Ainsi les chroniqueurs rapportent qu'en l'an 840 h., le sultan ayant interdit aux femmes de sortir de leurs maisons, si, par nécessité, une *ġāsila* ( femme qui a pour profession de laver les morts : suivant la religion musulmane, aucun cadavre ne doit être enterré avant d'être lavé ) devait circuler en ville, elle devait se faire délivrer à cet effet par le muḥtasib un permis qu'elle accrochait, d'une façon apparente, à ses vêtements[2].

Dans les bains publics et dans les lieux de divertissements, le muḥtasib est chargé de veiller à l'observation de la décence et des règlements, en général.

Il doit surveiller la conduite des instituteurs et institutrices dans leurs rapports avec leurs élèves.

*Contrôle des scribes, notaires, défenseurs en justice.*

Ce chef d'attributions des muḥtasib est particulièrement intéressant en raison de ses rapports avec la justice.

Pour ces praticiens, comme pour ceux des autres professions, le muḥtasib institue un *'arīf* qui le tient au courant de tous les événements relatifs à l'exercice de la profession. Il veille à ce que les documents que rédigent les scribes ne renferment aucune injure ou diffamation à l'égard de quiconque. Les scribes doivent prêter serment auprès du muḥtasib d'exercer leur profession conformément

(1) Makrīzi, III, 146. (2) Ibn Iyās, II, 21.

aux usages établis. Quant aux notariat, le muḥtasib ne doit permettre l'exercice de cette profession qu'aux personnes honorables et ayant des connaissances juridiques suffisantes.

On retrouve dans les détails concernant le contrôle des défenseurs en justice (*wukala*) une nouvelle indication sur l'état de la moralité dans les milieux judiciaires. Les wukala, dit le traité de Ibn Bassām, ne doivent pas être des « traîtres » qui, par corruption, s'abstiennent de produire et faire valoir les preuves dont disposent leurs clients... ; ils ne doivent pas s'employer à mettre la discorde entre les époux, suggérer à un débiteur qui a reconnu son obligation de la nier par la suite[1]... ».

*Le contrôle des magistrats.*

Il peut paraître étonnant que les muḥtasib, hiérarchiquement inférieurs aux ḳāḍi, aient pu exercer un contrôle sur eux. Mais le principe sur lequel on a fini par fonder la compétence de la ḥisba — la sauvegarde de la moralité publique et des prescriptions religieuses — explique ce pouvoir. Aussi bien, dans les divers cas dans lesquels on voit des muḥtasib exercer ce contrôle, il s'agit du contrôle de la conduite du magistrat, sa façon de traiter les plaideurs, de tenir son audience. Ainsi, un traité égyptien, du XIV^e^ s., rapporte que « s'il y a un ḳāḍi qui se dérobe aux plaideurs quand ils viennent à lui... si bien que les procès restent en suspens... il appartient au muḥtasib de lui adresser un blâme... L'élévation du rang du ḳāḍi ne doit pas l'empêcher de le blâmer. Ibrahīm ibn Al-Baṭḥa, chargé de la ḥisba sur les deux districts de Bagdad, passa un jour devant la maison de Ibn Ḥammād, alors ḳāḍi al-ḳuḍāt, et vit des plaideurs » ( que ce juge tardait à recevoir ) ; et il lui adressa des remontrances pour cela[2]. Le muḥtasib peut interdire au ḳāḍi de tenir audience en tel ou tel lieu. Ainsi la chronique rapporte que, sous le califat de Mustaẓhir ( 487/1094 - 512/1118 ), le muḥtasib de Bagdad, étant de madhab šafi'ite, interdit au ḳāḍi al-ḳuḍāt, de siéger à la mosquée ( d'après les principes šafi'ites, en effet, les mosquées ne doivent pas servir de prétoire du juge )[3].

(1) Ibn Bassām, 126. (2) Cf. Gaudefroy-Demombynes, *Rev. ét. isl.*, 1939, 139 s. (3) Ibn Bassām, 156 ; Berhnauer, 71 ( cf. *supra*, p, 278 s. ).

*Le contrôle des ḏimmi.*

Les ḏimmi, particulièrement les chrétiens et les juifs, forment, comme on le sait, dans l'Etat musulman, une catégorie des sujets qui, non seulement ne jouissent d'aucun droit politique, mais encore sont soumis à une réglementation sévère dans leur vie publique et privée. Cette réglementation comporte, en premier lieu et principalement, le paiement du tribut spécial de la ǧizya ; et nous avons déjà eu l'occasion de noter que la perception de cet impôt a constitué à certaines époques et dans certains milieux un service administratif distinct qui rentrait souvent dans les attributions des ḳāḍi. Dans leur habillement, les ḏimmi ont dû, à certaines époques, se distinguer des musulmans, par une marque spéciale : une ceinture à la taille et une croix au cou pour les chrétiens, un cordon rouge et jaune sur les épaules pour les juifs ; — les souliers des femmes doivent être, chacun, d'une couleur différente, blanc et noir. Si un chrétien ou un juif pénètre dans un bain public, il doit porter, le premier, une croix ; le second, un anneau en fer, en plomb ou en acier. — Les ḏimmi ne peuvent pas monter des chevaux. Leurs immeubles ne doivent pas surhausser ceux des musulmans. En circulant dans les rues, ils doivent éviter de gêner les autres passants musulmans et, pour ce, ils ne peuvent suivre que les parties les moins commodes de la rue. Ils doivent offrir, dans leurs maisons, l'hospitalité aux musulmans. — Il leur est interdit de laisser apercevoir ce qu'ils peuvent posséder de boissons alcooliques, de viande de porc. — Ils ne peuvent parler en public de leurs livres saints, Evangile et Ancien Testament ; ils ne peuvent sonner des cloches ou élever la voix dans leurs cérémonies religieuses. Il est interdit de leur vendre des livres, sauf les livres concernant leur religion. Il leur est interdit d'employer à leur service des musulmans, etc...

Dans tous les ouvrages de droit, un chapitre spécial est consacré au statut des non-musulmans et à la réglementation à laquelle ils doivent être soumis. En fait, la situation des ḏimmi en Islam a passé par des phases diverses, suivant les pays et les époques ; et, de cette question, l'histoire reste encore à écrire[1]. Nous n'avons à l'examiner dans le présent ouvrage qu'au point de vue de la compétence du muḥtasib à l'égard de cette catégorie de sujets.

(1) Cf., cependant, Fattal, *Le statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, Beyrouth, 1958.

Les traités classiques de ḥisba tels que ceux de Ibn Bassām et Ibn ʿAbdūn énumèrent les principales prescriptions concernant les chrétiens et les juifs. Ces traités mentionnent le contrôle des ḏimmi et l'observation des prescriptions qui les régissent, comme l'un des chefs d'attributions du muḥtasib. Cependant, dans les diplômes de nomination, il n'est pas très fréquent de trouver l'indication de ce chef de compétence. On lit, toutefois, dans un modèle de diplôme de l'époque fatimite, qu'il est prescrit au muḥtasib d'obliger les chrétiens à porter leurs vêtements et marque distinctifs[1].

On relève, dans les chroniques d'histoire, de nombreux cas d'exercice de l'autorité des muḥtasib sur les non-musulmans. Maḳrīzi rapporte qu'en l'année 322/934, le muḥtasib du Caire interpella sévèrement « le patriarche des chrétiens » pour lui reprocher « le mépris que ses coréligionnaires avaient pour les édits qui leur prescrivaient de donner moins d'ampleur que de coutume à leurs vêtements[2] ».

De même, s'il s'agit de châtier un non-musulman, même pour un fait autre que la violation des prescriptions particulières qui régissent sa communauté, pour un fait qui montre simplement que ce non-musulman dépasse la mesure dans laquelle il lui est permis d'exercer son activité au sein de la communauté islamique, c'est encore le muḥtasib qui est chargé de l'application de ce châtiment. D'après une anecdote rapportée par Maḳrīzi, un chrétien étant arrivé à occuper un poste dans les services de l'Etat et ce fait ayant suscité l'animosité publique, il fut destitué de ses fonctions et battu à coups de fouet, puis le muḥtasib le fit promener, presque nu, dans les rues du Caire, suivi d'un agent qui criait : « C'est ainsi que seront traités tous les chrétiens qui occuperont quelque place dans les services du sultan[3] ».

*Les attributions religieuses.*

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu d'établir un rapprochement entre cette compétence des muḥtasib en matière religieuse, et la no-

(1) On en donne le motif suivant : ففي ذلك اظهار لما في الاسلام من العزة وفي المخالفة من الصغار وابانة بالشد للتأهب للمسير الى النار وتفريق بين المؤمنين والكفار ( Ḳalḳ., X, 461 ); Talbi, *op. cit.*, 304 s. (2) Berhnauer, *op. cit.*, 120. (3) Berhnauer, *op. cit.*, 119.

tion religieuse de ḥisba : le muḥtasib exerce des attributions de caractère religieux, non point en raison de ce qu'il est chargé spécialement de faire prévaloir dans la société musulmane les exigences du commandement de la religion ayant pour objet « d'ordonner le bien et d'interdire le mal », connu sous le nom de ḥisba, mais en raison de ce que la religion et les règles de moralité publique étant en Islam intimement confondues, l'observation des principales prescriptions religieuses fait partie intégrante des règles générales nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de bonnes mœurs. En d'autres termes, le principe de la compétence du muḥtasib en matière religieuse reste le même que celui de sa compétence en d'autres matières : principe de réglementation de la vie municipale.

Un des principaux objets d'attributions religieuses des muḥtasib consiste dans un contrôle de l'administration des mosquées. Les manuels de ḥisba consacrent à ce chef de compétence un chapitre spécial. Les muḥtasib assurent le bon entretien des mosquées, les font réparer en cas de besoin ; veillent à ce que les préposés aux divers actes du culte, imām, mu'aḏḏin etc., accomplissent exactement leur service ; exercent la discipline sur ces préposés et, le cas échéant, les révoquent etc.. Certains diplômes d'investiture de ḥisba font mention expresse de cette variété d'attributions. Ainsi, un diplôme de l'époque fatimite déclare que le muḥtasib est chargé de « veiller à la propreté des mosquées..., d'en interdire l'accès à toute personne qui n'y vient pas pour la prière ou un autre acte du culte[1] ».

Les muḥtasib veillent à l'exercice régulier par la population, des actes du culte. Les diplômes de nomination visent souvent ce chef d'attributions[2]. Le muḥtasib doit, disent les manuels de ḥisba, inciter « les voisins de chaque mosquée à prendre part à la prière commune[3] ». C'est en vertu de ce même pouvoir que l'on rappelle le devoir du muḥtasib de surveiller l'enseignement religieux, en ordonnant aux instituteurs d'apprendre à leurs élèves les prières rituelles et les versets les plus courants du Livre Saint. Mais l'ignorance et la négligence des devoirs religieux peuvent se rencontrer dans les autres classes de la population. C'est pourquoi, le muḥtasib « ordonne aux membres de chaque profession de choisir parmi eux

(1) Ḳalk., X, 461. Ces attributions s'enchevêtrent avec celles des kāḍi en la matière (cf. *supra*, 387 s.). Les muḥtasib ont dû les exercer dans les milieux et aux époques où, en fait ou en droit, elles se trouvaient distraites de la compétence des magistrats judiciaires. (2) Ḳalk., XII, 16. (3) Ibn Bassām, 128.

une personne chargée spécialement de les avertir, le vendredi, de l'heure de la prière,... aux marchands, dans les bazars, de choisir une personne chargée de les avertir chaque jour de l'heure des prières de midi et de l'après-midi[1] ».

On trouve dans les chroniques d'histoire des traits qui confirment la pratique de ces attributions. Un texte rapporte qu'en l'an 790/1388, « le muḥtasib du Caire désigna un certain nombre d'hom- « mes de loi — un, dans chaque *sūḳ* de la ville et de la banlieue — « chargés d'enseigner aux marchands et membres des divers métiers, « la sūrat préliminaire du Coran ainsi que d'autres sūrat, et il fixa « à chacun de ces hommes de loi une rémunération adéquate[2] ».

En raison de ces mêmes pouvoirs, le muḥtasib veille à ce qu'aucune pratique contraire à l'orthodoxie religieuse ne puisse s'instaurer. Ainsi, il interdit que, dans les cérémonies funéraires, les versets du Coran soient récités en chantant ; il interdit la pratique dite du *tahnīk* ( التهنيك )[3].

Dans le même ordre d'idées, on peut rappeler que le muḥtasib, en vertu de son pouvoir de police des mosquées, peut, dans les pays où prévaut le maḏhab šafi'ite, interdire aux ḳāḍi d'y tenir audience, étant donné que, suivant les principes de ce maḏhab, les mosquées doivent être réservées exclusivement aux actes du culte.

---

## Section V. — La compétence judiciaire civile des muḥtasib

La plupart des auteurs établissent un rapprochement entre la magistrature judiciaire et la ḥisba en relevant les différences et les analogies qui existent entre les deux institutions. Au fond, elles se distinguent, essentiellement, l'une de l'autre. La ḥisba est une fonction de nature administrative. Mais, quoiqu'elles n'aient pas été pos-

(1) Ibn 'Abdūn, 213. (2) Zreik, 25. (3) Zreik, 25.

tulées par la nature propre de cet organisme, il est certain que des attributions de caractère judiciaire ont été exercées par lui.

En raison même de la nature de sa fonction, le muḥtasib possède le droit d'action d'office. Dans les situations mêmes où l'intérêt d'un particulier est engagé, la procédure de la ḥisba n'a pas besoin, pour être mise en mouvement, de l'action de ce particulier. C'est là une règle sur laquelle insistent les auteurs d'une façon toute spéciale, et elle constitue un des traits qui distinguent la ḥisba du pouvoir judiciaire proprement dit[1]. Mais cette procédure d'action d'office n'exclut pas la possibilité pour le particulier, victime d'une violation de droit, dans une matière rentrant dans la compétence du muḥtasib, de le saisir lui-même de sa plainte. Ce qui retient l'attention dans ce cas, c'est que la doctrine parle alors d'un « procès ( دعوى ) » ; le muḥtasib connaît du « procès du demandeur contre le défendeur ( سماع المحتسب دعوى المتعدي على المتعدى عليه ) » ; les parties au procès portent le même nom que dans le procès judiciaire : demandeur, défendeur ( مدعى عليه — . مدعي — . خصم )[2] ; le muḥtasib « juge ( يحكم ) » comme le magistrat judiciaire.

Aussi, certains auteurs assimilent le muḥtasib à ce magistrat[3]. C'est pourquoi, il a une vocation naturelle à suppléer le magistrat en cas d'empêchement de celui-ci, dans certaines matières ( ان اعتذر القاضي فهو يحكم فيما يليق به وبخطته )[4].

Les principales matières dans lesquelles un procès judiciaire s'engage devant le muḥtasib sont, d'après Māwardi, au nombre de trois : 1° — les cas de fraudes dans les poids et mesures ; 2 — les cas de tromperies et de fraudes dans les ventes ; 3° — les cas de retard injustifié dans le paiement d'une dette. Mais à ces cas il faut ajouter d'autres qui apparaissent dans le développement pratique de l'institution. Le muḥtasib connaît : 1° — des litiges ayant pour objet la violation des obligations de voisinage, 2° — des litiges entre employeurs et employés, pour défaut de paiement de salaire ou pour malfaçons dans l'exécution du travail.

(1) Māwardi, 223 ; Nuwayri, VI, 294 ; Ibn Farḥūn, I, 13 ; Ibn Ḫaldūn, 235.
(2) Māwardi, 233 ; Nuwayri, VI, 293, 294, 310. (3) Cf. *supra*, 626.
(4) Ibn ʿAbdūn, 219. — Faisant la biographie d'un muḥtasib, un chroniqueur dit qu'il « était semblable à un kāḍi شبيهاً بالقاضي » ( Ibn Al-Ḫaṭīb, XII, 245 ).

Cependant, la compétence judiciaire des muḥtasib ne comporte pas la plénitude du pouvoir juridictionnel. La compétence judiciaire de la ḥisba ne peut s'exercer que dans les cas où il n'existe pas entre les parties une contestation sur le fond même du droit, où sa violation est déjà reconnue. Le muḥtasib n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la valeur des preuves produites, sur le bien-fondé des prétentions (ليس له (المحتسب) انشاء الاحكام) dit un texte[1]. (لا يجوز (للمحتسب) ان يسمع بينة على اثبات حق) dit un autre[2]. Ainsi, dans le cas de litige entre voisins, le muḥtasib ne pourrait retenir sa compétence que si le défendeur ne conteste pas à son adversaire le droit à sa limite prétendue mais refuse seulement de respecter cette limite. Cette constatation paraît rendre presque insignifiante la compétence judiciaire des muḥtasib. Sa juridiction serait une juridiction subsidiaire à celle du juge ordinaire, comme une juridiction dégradée; la procédure de la ḥisba serait simplement une sorte de procédure d'exécution. Mais une telle conclusion serait trop rigoureuse. Il faufaudrait interpréter la règle probablement de la façon suivante. Si l'on suppose le cas de la vente, dans un marché, d'un esclave qui apparaît, par la suite, atteint d'une infirmité, l'acheteur pourra-t-il, en vue de faire annuler la vente ou obtenir des dommages-intérêts, intenter, devant le muḥtasib, une action dans laquelle il serait invité à produire ses preuves et son adversaire, à répliquer, le muḥtasib se contentant, exactement comme le juge ordinaire, d'entendre les parties, pour statuer en fin de débats sur le mérite de l'action ? Non ; car, comme le disent les textes, le muḥtasib n'a pas qualité pour « se prononcer sur la valeur des preuves produites », en d'autres termes, pour départager deux parties litigantes dans un procès auquel lui-même n'est pas intéressé. Mais si le muḥtasib, agissant d'office — d'une façon spontanéé ou sur la plainte de l'acheteur — par application de son pouvoir administratif, a déjà lui-même poursuivi le vendeur, il aura qualité pour statuer sur la demande de l'acheteur ; car, alors, aucune contestation ne pourra être élevée par le défendeur, soit qu'il eût avoué sa faute au muḥtasib, soit — ce qui revient au même — qu'il ne lui soit plus possible de le faire, la faute ayant été établie par le muḥtasib au cours même de la poursuite et suivant les règles propres de la procédure de la ḥisba[3]. D'où il suit que pratiquement l'action d'un demandeur contre un défendeur n'est

(1) Ibn Farḥūn, I, 13. (2) Māwardi, 233. (3) Cf. *infra*, 648, s.

possible devant le muḥtasib qu'accessoirement à l'action exercée par celui-ci contre le défendeur, au cours de laquelle la faute aurait définitivement avouée ou établie.

---

## Section VI. — Caractère prétorien de la hisba et sanctions applicables

Dans l'exercice de ses attributions, le muḥtasib jouit d'un pouvoir prétorien aussi bien en ce qui concerne l'incrimination qu'en ce qui concerne la détermination des sanctions applicables. Ce pouvoir est encore plus large que celui de la šurṭa en raison de ce que les matières qui rentrent dans la compétence de la ḥisba ne font pas déjà l'objet d'une réglementation précisée et fixée dans la loi positive et religieuse, tandis que la šurṭa se heurte, pour certaines des matières de sa compétence, à une telle réglementation.

Le muḥtasib n'a à tenir compte que de la coutume, des usages. Ainsi c'est seulement par référence aux us et coutumes de la ville que seront déterminées les contraventions de voirie. Les textes disent bien : la jurisprudence *lato sensu* du muḥtasib est une jurisprudence *coutumière* et non une jurisprudence *légale* (يجتهد المحتسب فيما ضرّ وما لم يضرّ لانه من الاجتهاد العرفي دون الشرعي . له اجتهاد رأيه فيما يتعلق بالعرف دون الشرع)[1].

Ici, le rôle de la coutume et de la pratique jurisprudentielle, dans l'élaboration des règles de droit, est franchement avoué.

Les mêmes principes sont appliqués quant à la détermination des peines applicables. « Le muḥtasib, dit Ibn Ḫaldūn, recherche les actions interdites et les réprime suivant leur gravité ». Reconnaissant l'application du système du ta'zīr *lato sensu*, c'est-à-dire le système de l'arbitraire des peines, en matière de ḥisba, les manuels pratiques

(1) Māwardi, *eod. loc.*

rappellent que le muḥtasib est libre appréciateur des circonstances de chaque cas et de la sanction appropriée qu'il postule[1].

Les sanctions applicables sont principalement de nature répressive, comportant, le cas échéant, le redressement des situations injustes. Ainsi, dans le contrôle des marchés, lorsque le muḥtasib relève un cas de fraude, son action a pour objet de faire disparaître les conséquences de cette fraude et les moyens qui ont servi à la consommer : saisie et confiscation des poids ou mesures, remise à l'ayant-droit de ce qui lui est encore dû ou restitution du trop-perçu —, et, ensuite, l'infliction d'une mesure répressive au contrevenant. Mais la sanction peut être de nature exclusivement civile : dans un conflit entre voisins, le muḥtasib pourrait se contenter de faire disparaître la situation préjudiciable : démolir le mur dépassant la limite, couper les branches de l'arbre se répandant sur la propriété du voisin.

Les principales mesures répressives en usage dans la ḥisba sont les suivantes :

1. — La réprimande ( التوبيخ ).

2. — La fustigation qui comporte deux degrés de gravité. La fustigation simple est infligée avec le fouet ( *sawṭ* ( سوط ) ; la fustigation aggravée est infligée avec la *dirra* ( درّة ), constituée par un nerf de bœuf ou de chameau. D'après certains auteurs, le muḥtasib ne doit pas dépasser, dans l'application de cette peine, le maximum de la peine légale de la fustigation, qui est de quarante coups. Mais la pratique ne semble pas avoir tenu compte de ce précepte. Parlant d'un muḥtasib, dans une ville d'Espagne, des premières années du IIIe s. h., l'annaliste indique que ce fonctionnaire, « sévère à l'égard des individus suspects,... infligeait des peines ( de fustigation ) très fortes ( كان يضرب ضرباً شديداً )[2] ». Un autre muḥtasib, du milieu du IIIe s. h., se faisait critiquer pour son excès de sévérité dans l'application de la même peine[3]. En termes plus précis et plus probants, un autre annaliste andalous rapporte le cas d'un muḥtasib, de la fin du IIIe s. h., infligeant à un délinquant deux cents coups de fouet[4].

(1) Ibn Bassām, 152.
(2) Faraḍi, I, 303 ; *adde*, Ibn Al-Ḫaṭīb, II, 319.
(3) Faraḍi, I, 98.
(4) Ibn Ḥayyān, III, 5.

3. — *Le tašhīr* ( التشهير ) ou *taǧrīs* ( التجريس ).

Elle consiste à faire promener, monté sur un âne ou un chameau, le délinquant ayant à la tête un bonnet appelé *ṭurṭūr* ( طرطور ) formé de morceaux d'étoffes de couleurs disparates et bizarres auquel étaient accrochées des clochettes ainsi que des queues de singe et de chacal. Cette peine était particulièrement redoutée, en raison de son caractère infâmant. Il était d'usage qu'un *ṭurṭūr* fût suspendu à la porte de l'office du muḥtasib d'une façon apparente pour produire un effet d'intimidation[1].

4. — L'emprisonnement. — De très rares textes font mention de l'application de cette peine par les muḥtasib ; mais la pratique en est certaine[2].

5. — La déportation de la ville ( النفي من البلد ). — Cette peine est applicable aux récidivistes déjà condamnés. Elle semble avoir été pratiquée seulement en Espagne[3].

6. — L'amende, la confiscation, la fermeture du magasin, l'interdiction d'exercice de la profession[4].

---

(1) Ibn Bassām, 150 ; Ibn al-Ḫaṭīb, II, 319. (2) Ibn Ḥayyān, III, 5 ; Ibn 'Abbād, 29 s. (3) Makkari, I, 103. (4) Quatremère, *op. cit.*, I, appendice, 223 ; Ḳalk., XII, 381 ; Talbi, *op. cit.*, 298.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. — Les sources


Abbār (Ibn). — *Al-mu'ǧam fi aṣḥāb al-ḳāḍi Al-Ṣadafi*, éd. Codera, indiqué, dans les
ابن ابّار références, par le terme : Ṣadafi.
المعجم في اصحاب القاضي الصدفي

— *Kitāb al-takmila li-kitāb al-ṣila*, éd. Codera. (Dans les références: *Takmila*)
كتاب التكملة لكتاب الصلة

— *Kitāb al-takmila li-kitāb al-ṣila*, complétant le précédent, éd. Bel et Cheneb. (Dans les références : Bel et Cheneb).

'Abdīn (Ibn). — *Rad al-muḥtār* dit *Ḥāšiyat Ibn 'Abdīn.*
ابن عابدين رد المحتار المسمى بحاشية ابن عابدين

— *Ḳirrat 'uyūn al-aḫbār*, Imprimerie Al-'Uṯmānyya, Constantinople, 1332/1909.
قرة عيون الاخبار

'Abd-Rabbihi (Ibn). — *Al-'iḳd al-farīd.*
ابن عبد ربه العقد الفريد

'Abdūn (Ibn). — *Traité de Ibn 'Abdūn* ; éd. et publié par Lévi-Provençal *in* Jour-
ابن عبدون nal asiatique, 1934.

Aḥmad 'Annān. — *Al-Ḥākim Bi-amr-Allah.*
احمد عنان الحاكم بأمر الله

Al-Aṯīr (Ibn). — *Annales du Maġreb et de l'Espagne* ; trad. et ann. Fagnan.
ابن الاثير

Ammien Marcellin. — *Rerum Gestarum libri XXXI*, trad. Nisard.

'Asākir (Ibn). — *Tārīḫ Dimašḳ.*
ابن عساكر تاريخ دمشق

Balāḏuri. — *Futūḥ al-Buldān*, éd. Raḍwān, 1932.
بلاذري فتوح البلدان

Barūdi, Bustāni, Taḳi al-dīn. — *Al-adab al-ʿarabi*, Imprimerie catholique, Beyrouth.
الادب العربي في اثار اعلامه بارودي ، بستاني ، تقي الدين

Ibn Baškuwāl. — *Kitāb al-ṣila fi tārīḫ a'immat Al-Andalus*, éd. Codera.
كتاب الصلة في ائمة الاندلس ابن بشكوال

Bassām ( Ibn ). — *Nihāyat al-rutba fi ṭalab al-ḥisba*, manuscrit nº 250, de la Bibliothèque orientale de l'Université St. Joseph, Beyrouth.
نهاية الرتبة في طلب الحسبة ابن بسّام

Ibn Baṭūṭa. — *Tuḥfat al-nuzzār fi ǵarā'ib al-amṣār*, Imprimerie Wādi Al-Nil, Le Caire. — Quelques références sont tirées de l'éd. Defrémery.
تحفة النظار في غرائب الامصار ابن بطوطة

Becker. — *Papyri Schott-Reindhardt*, I.

Bel et Cheneb. — V. *supra* Ibn Abbār.

Bevan. — *The naḳā'id of Ǧarīr and Al-Farazdaḳ.*
نقائض جرير والفرزدق

Buḫāri. — *Al-ṣaḥīḥ*
الصحيح بخاري

Cheikho. — *Šuʿarā' Al-Naṣranyya.*
شعراء النصرانية شيخو

Dāmād effendi. — *Maǧmaʿ al-anhor*; éd. Aḥmad ibn ʿUṯmān, 1328/1910.
مجمع الانهر داماد افندي

Dasūḳi. — *Ḥāšiyat Al-Dasūḳi*, éd. Būlāḳ, 1295/1878.
حاشية الدسوقي دسوقي

Durayd ( Ibn ), — *Kitāb al-ištiḳāḳ*, éd. Wūstenfeld.
كتاب الاشتقاق ابن دريد

Fahd. — *Kitāb al-huda*; Imprimerie Maronite, Alep.
كتاب الهدى فهد

Ibn Al-Faraḍi — *Tārīḫ ʿulamā' Al-Andalus*; éd. Codera.
تاريخ علماء الاندلس ابن الفرضي

Farḥūn ( Ibn ). — *Tabṣirat al-ḥukkām.*
تبصرة الحكام ابن فرحون

Al-Farra ( Ibn ). — *Al-aḥkām al-sulṭānyya* ; Impr. Halabi, le Caire, 1938.

Firdusi. — *Šāhnāmeh*, trad. arabe Bundāri, éd. ʿAzzām ; Imprim. Dār al-kutob al-mišryya. فردوسي الشاهنامه

Al-Furāt ( Ibn ). — *Tārīḫ*, t. VIII, éd. Zreik, Beyrouth, 1936.

Ġazāli. — *Waǧīz*, Imprimerie Ḫoš-Ḳadam, le Caire.
غزالي الوجيز

— *Iḥyā' ʿulūm al-dīn*, Imprimerie Al-Šarḳyya 1326/1908.
احياء علوم الدين

Griffini. — *Corpus juris di Saʿīd ibn ʿAli.*

Grohmann. — *Arabic Papyri in the egyptian library.*

Ḥamdūn ( Ibn ). — *Taḏkira*, Imprimerie Ḫānǧi, 1345/1927, le Caire.

Ḥammād ( Ibn ). — *Histoire des rois Obaidides* ; éd. et trad. Vonderheyden.
ابن حمّاد

Ḥayyān ( Ibn ). — *Kitāb al-muḳtabas*, éd. Melchor Antona, 1937.
ابن حيّان كتاب المقتبس في تاريخ رجال الاندلس

Ḥazm ( Ibn ). — in *Maǧmūʿat rasā'il fi uṣūl al tafsīr wa uṣūl al-fiḳh*, Imprimerie Al-Fayḥā', Damas, 1331/1912.
ابن حزم مجموعة رسائل في اصول التفسير واصول الفقه

— *Kitāb al-faṣl fil-milal*
كتاب الفصل في الملل

Ḫaldūn ( Ibn ). — *Muḳaddima*. L'édition la plus usitée est celle de l'Imprimerie des Belles-lettres de Beyrouth. 1900.
ابن خلدون المقدمة

— *Tārīḫ* intitulé *Kitāb al-ʿibar*. كتاب العِبَر

Ḫallikān ( Ibn ). — *Wafyyāt al-aʿyān*, Imprimerie Būlāḳ.
ابن خلكان وفيّات الاعيان

Ḫaraši. — *Glose de — sur le Muḫtaṣar de Ḫalīl*, Imprimerie Būlāḳ, 1299/1881.
خرشي شرح الخرشي على مختصر خليل

Al-Ḫaṭīb (Abu Bakr). — *Tārīḫ Baġdād*, éd. 1931.
ابو بكر احمد بن علي الخطيب تاريخ بغداد

Al-Ḫaṭīb ( Ibn ). — *Al-iḥāṭa fi aḫbār Ġarnāṭa.*
محمد لسان الدين بن الخطيب الاحاطة في اخبار غرناطة

Ḫušani. — *Ḳuḍāt Ḳurṭuba*, éd. Ribera.
خشني قضاة قرطبة

Hišām ( Ibn ). — *Sīrat sayydina Muḥammad*, éd. Wustenfeld. 1860.
ابن هشام سيرة سيدنا محمد

Ibšīhi. — *Mustaṭraf*. Les envois au t. I se réfèrent à l'éd. du Caire de 1285/1868 ; les renvois au t. II se réfèrent à l'éd. du Caire de 1308/1890.
إبشيهي المستطرف

'Iḏāri ( Ibn ). — *Al-bayān al-moġrib*, avec des textes de Ibn Ḳaṭṭān, éd. Dozy.
ابن عذاري البيان المغرب في تاريخ المغرب

Isbahāni. — *Muḥāḍarāt al-udabā'*.
اصبهاني محاضرات الادباء

Isfahāni. — Abū Al-Faraǧ. — *Kitāb al-aġāni*, l'éd. le plus couramment utilisée est celle de *Dār al-kutob al-miṣryya*, indiquée sous le titre : nouv. éd.
اصفهاني كتاب الاغاني

Ǧahšiyāri. — *Al-wuzara wal-kuttāb*, éd. 1938.
الجهشياري الوزراء والكتّاب

Ǧāḥiẓ. — *Kitāb al-bayān wal-tabyīn*. L'édition le plus couramment utilisée est celle de Sandūbi, 1932.
الجاحظ كتاب البيان والتبيين

— *Kitāb al-tāǧ*, éd. Aḥmad Zaki.
كتاب التاج

Al-Ǧawzi ( Ibn ). — *Kitāb al-aḏkiyā'*, éd. Ḥomsi.
ابن الجوزي كتاب الاذكياء

Ḳāḍiḫān. — *Al-fatāwi al-ḫānyya*, éd. Aḥmad Ḳāsim, 1282/1865.
قاضيخان الفتاوي الخانية

Ḳāḍi Samāwana ( Ibn ). — *Ǧāmi' al-fuṣūlayn*, Imprimerie Būlāḳ, 1300/1882.
ابن قاضي سماونه جامع الفصولين

Ḳalḳašandi. — *Subḥ al-a'ša*, éd. Dār al-kutob al-sulṭānyya.
قلقشندي صبح الاعشى

Al-Ḳaṭṭān ( Ibn ). — V. *supra* Ibn 'Iḏāri.
ابن القطّان

Ḳutayba ( Ibn ). — *Kitāb 'uyūn al-aḫbār*, l'édition le plus couramment utilisée est celle de l'Imprimerie Ḫānǧi, Le Caire, 1324/1906.
ابن قتيبه كتاب عيون الاخبار

Ḳutayba (Ibn). — *Al-imāma wal-siyāsa*, Impr. Mustafa Muhamad, le Caire, sans date.
ابن قتيبة الامامة والسياسة

Ḳuṭlubuġa. — *Tāǧ al-tarāǧim fi tabaḳāt al-ḥanafyya.*
ابن قطلوبغا كتاب تاج التراجم في طبقات الحنفية

Kāsāni. — *Badā'i' al-ṣanā'i' fi tartīb al-šarā'i'*, Imprimerie al-Ġamālyya, Le Caire 1910.
كاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

Kindi. — *Kitāb al-wulāt wa kitāb al-ḳuḍāt*, avec des additions de Ibn Ḥaǧar, éd. Guest. Les références sont indiquées par le terme : *Wulāt.*
كندي كتاب الولاة وكتاب القضاة

M. Al-Kutubi. — *Fawāt al-wafyyāt.*
محمد الكتبي فوات الوفيّات

Lévi-Provençal. — *Documents inédits d'histoire almohade.*

Al-Maḥāsin (Abū). — *Al-Nuǧūm al-zāhira fi tārīḫ Miṣr wal-Ḳāhira.* L'édition le plus couramment utilisée est celle de Dār al-kutob al-miṣryya.
ابو المحاسن النجوم الزاهرة في تاريخ مصر والقاهرة

Maḳḳari. — *Nafḥ al-ṭīb.*
مقري نفح الطيب

Maḳrīzi. — *Kitāb al-ḫiṭaṭ al-maḳrīzyya*, Imprimerie Al-Nīl. Le Caire.
مقريزي كتاب الخطط المقريزية

Manlaḫusru. — *Durar al-ḥukkām*, Imprimerie de Constantinople, 1330/1911.
منلاخسرو درر الحكام في شرح غرر الاحكام

Marġināni. — *Al-hidāya*, Imprimerie Ḫayryya 1226/1908.
مرغيناني الهداية

Mas'ūdi. — *Murūǧ al-ḏahab*, éd. de trad. Barbier et Meynard. Quelques références sont faites à l'édition vulgaire de l'Imprimerie al-maṣryya, 1346/1927.
مسعودي مروج الذهب

— *Le livre de l'avertissement et de la revision*, trad. Carra de Vaux.
كتاب التنبيه والاشراف

Māwardi. — *Al-aḥkām al-sulṭānyya.* L'édition le plus couramment utilisée est celle de l'Imprimerie Al-maḥmūdyya, Le Caire.
ماوردي

Mubarrad. — *Kitāb al-kāmil fil-luġa wal-adab.*
مبرّد كتاب الكامل في اللغة والادب

Al-Muḳaffa' ( Ibn ). — *Siyar al-mulūk.*
ابن المقفع سير الملوك

Al-Nadīm ( Ibn ). — *Kitāb al-fihrist.*
ابن النديم كتاب الفهرست

Nuǧaym ( Ibn ). — *Al-baḥr al-rā'iḳ,* Imprimerie Dār al-kutob al-'arabyya.
ابن نجيم

Nuwayri. — *Nihāyat al-arab fi funūn al-adab,* éd. Dār al-kutub al-miṣryya.
نويري نهاية الارب في فنون الادب

Rustum. — *Materials for a Corpus of arabic documents relating to the history of Syria under Mehmet Ali Pascha.*

Ṣābi. — *Kitāb al-wuzarā',* éd. Amedroz.
صابي كتاب الوزراء

Sa'd ( Ibn ). — *Kitāb al-tabaḳāt al-kabīr,* éd. Sachau.
ابن سعد كتاب الطبقات الكبير

Saraḫsi ( Ibn ). — *Al-mabsūt,* Imprimerie al-sa'āda, Le Caire.
سرخسي المبسوط

Suyūṭi. — *Tārīḫ al-ḫulafā',* Imprimerie al-maḥmūdyya 1305/1887.
سيوطي تاريخ الخلفاء

— *Ḥusn al-muḥāḍara fi aḫbār Miṣr wal-Ḳāhira.*
حسن المحاضرة في اخبار مصر والقاهرة

Šaddād ( Ibn ). — *Sīrat al-sulṭān Salāḥ al-dīn,* éd. et trad. Schultens.
ابن شداد سيرة السلطان صلاح الدين

Šāfi'i. — *Kitāb al-umm,* Imprimerie Būlāḳ, 1321/1903.
الشافعي كتاب الام

Tamīmi. — *Al-mu'ǧib,* éd. Dozy.
محي الدين التميمي المعجب في تلخيص اخبار المغرب

— *Kitāb iḫtilāf al-fuḳaha,* éd. Kern. كتاب اختلاف الفقهاء

Tannūḫi. — *Ǧāmi' al-tawārīḫ.* éd. Margoliouth.
التنوخي جامع التواريخ

Ṯa'labi. — *Kitāb al-ġurar.*
الثعلبي كتاب الغرر

Ṭabari. — *Tārīḫ al-rusol wal-mulūk*, éd. de Gœje.
الطبري تاريخ الرسل والملوك

Ṭiḳṭaḳi. — *Al-faḫri fil-ādāb al-sulṭānyya wal-duwal al-islāmyya*, éd. Deredbourg et طقطقي éd. Ahlwardt. الفخري في الاداب السلطانية والدول الاسلامية

Ṭayfūr. — *Kitāb Baḥdād*, éd. Keller.
طيفور تاريخ بغداد

Al-ʿUmari ( Ibn ). — *Al-taʿrīf bil-muṣṭalaḥ al-šarīf*, Imprimerie Istambul, 1932/1913.
ابن العمري التعريف بالمصطلح الشريف

Uzağandi. — *Al-fatāwi al-hindyya.*
الاوزجندي الفتاوي الهندية

Wāḳidi. — *Kitāb futūḥ Al-Šām.*
الواقدي كتاب فتوح الشام

Warṯilāni. — *Nuzhat al-anẓār*, Imprimerie Fontana, Alger, 1908.
الورثيلاني نزهة الانظار

Wiet. — *Matériaux pour un corpus inscriptionum arabicarum*; *in* Mélanges de l'Institut français d'archéologie orientale, 1929, t. L. II.

Yaḳūt. — *Muʿǧam al-udaba*, éd. Margoliouth.
ياقوت معجم الادباء

Yaʿḳūbi. — *Tārīḫ*, éd. Houtsma.
يعقوبي تاريخ

Abū-Yūsof. — *Kitāb al-ḫarāǧ*, Imprimerie Salafyya. Le Caire. 1346/1927.

Al-Zubayr ( Ibn ). — *Ṣilat al-ṣila*, éd. Lévi-Provençal.
ابو جعفر احمد بن الزبير القسم الاخير من كتاب صلة الصلة وهو ذيل للصلة البشكوالية

## 2. — Les ouvrages modernes

Amedroz. — *The office of Ḳāḍi, in* Journal of the royal asiatic Society, 1910 et 1911.

— *The ḥisba jurisdiction, in* Journal of the royal asiatic Society, 1916.

Aḥmad Amīn. — *Faǧr al-islam.* فجر الاسلام

— *Ḍuḥa al-islām.* ضحى الاسلام

'Abd Al-Rāziḳ. — *Al-Islām wa uṣūl al-ḥukm.*
عبد الرزق — الاسلام واصول الحكم

Van den Berg. — *Principes de droit musulman*, trad. de Tersant.

Berhnauer. — *Institutions de police chez les Arabes, in* Journal asiatique 1860-1861.

Bonfante. — *Histoire du droit romain.*

Butler. — *Arabic conquest of Egypt.*

Caussin de Perceval. — *Histoire des Arabes.*

Chénon. — *Le defensor civitatis.*

Christensen. — *L'Iran sous les Sassanides.*

— *L'Empire des Sassanides.*

Collinet. — *La procédure par libelle.*

Diehl. — *Justinien et la civilisation byzantine au VI^e siècle.*

— *Etudes byzantines.*

— *L'Afrique byzantine.*

— *Byzance.*

— *Histoire de l'Empire byzantin.*

Dozy. — *Dictionnaire détaillé des noms des vêtements chez les Arabes.*

— *Supplément aux dictionnaires arabes.*

Duval. — *Anciennes littératures syriaques.*

Gaudefroy-Demombynes. — *La Syrie à l'époque des Mamlouks.*

Gayangos. — *Histoire des dynasties mahométanes en Espagne.*

Goldziher. — *Muhammedanische Studien.*

— *Vorlesungen über den Islam*, 5^e éd. par Babinger.

Gottheil. — *A distinguished family of fatémide cadis. in* Journal of the american oriental Society, 1006, 217 ss.

Grohmann. — *Die papyrologie in ihrer Beziehung zur arabischen Urkundenlehre, in* Papyri und Altertumswissenchaft, herausgegeben von Walter Otto und Leopold Wenger.

Ḥasan Ḥasan. — *Tārīḫ al-islām al-siyāsi.*
حسن حسن — تاريخ الاسلام السياسي

Ḥaidar Mardam. — *L'Organisation judiciaire et le principe de l'égalité entre les justiciables*, Th. Paris 1928.

Ḫuḍari. — *Tārīḫ al-tašrī' al-islāmi.*
خضري — تاريخ التشريع الاسلامي

Hammer. — *Histoire de l'Empire ottoman.*

Ḥayek. — *Le Droit franc en Syrie*, th. Paris, 1936.

Horrié. — *Le Cadi juge musulman en Algérie.*

Jacob. — *Altarabiches Beduinenleben.*

Juynbol. — *Handbuch des islamischen Gesetzes.*

Labourt — *Le christianisme de l'Empire perse.*

Lammens. — *La Syrie, Précis historique.*

— *L'Islam.*

— *La Mecque à la veille de l'Hégire.*

— *Le caractère religieux du Thār chez les Arabes préislamites.*

— *Le Berceau de l'Islam.*

— *Etudes sur le règne du Calife Omayyade Mo'awia.*

— *Etudes sur le siècle des Omayyades.*

— *Le Califat de Yazīd 1er.*

Lane-Pole. — *A history of Egypt.*

Lévi-Provençal. — *L'Espagne musulmane au Xe siècle.*

Von Ligenthal. — *Geschichte der griechisch-romischen Rechts.*

Mez. — *Die Renaissance des Islams.*

Mitteis. — *Reichsrecht und Volksrecht.*

Mommsen et Marquardt. — *Manuel des antiquités romaines*, trad. Humbert.

Noldeke. — *Geschichte der Perser und Araber zur Zeit der Sassaniden.*

Probster. — *Die Anwaltschaft in islamischen Recht, in* Revue Islamica, 1932, 545 ss.

Quatremère. — *Histoire des Sultans mamlouks.*

Reinmuth. — *The prefect of Egypt.*

Rouillard. — *L'administration civile de l'Egypte byzantine*, 2e éd.

Sawwas Pacha. — *Etude sur la théorie du droit musulman.*

Schacht. — *Islam and islamic law.*

Sidarous. — *Des Patriarcats.*

Simaika. — *Essai sur la province romaine d'Egypte*, Th. Paris, 1898.

Steinwenter. — *Die Bedeutung der Papirologie für die koptiche Urkundenlehre, in* Papyrie und Altertumswissenschaft, herausgegeben von Walter Otto und Leopold Wenger.

Thagi Naṣr. — *Essai sur l'histoire du droit persan à l'époque sassanide*; th. Paris, 1932.

Tyan. — *Le système de responsabilité délictuelle en droit musulman*, th. Lyon, 1926.

Vasiliev. — *Histoire de l'Empire byzantin*, trad. franç. Brodin et Bourguina.

Vonderheyden. — *L'Arabie orientale sous la dynastie des Benou l'Aglab.*

Walwinson. — *Tārīḫ al yahūd fi bilād al-'arab.*

تاريخ اليهود في بلاد العرب

Westermarck. — *Survivances païennes dans la civilisation mahométane.*

Zaydān. — *Tārīḫ al-tamaddun al-islāmi.*

زيدان تاريخ التمدن الاسلامي

Zaki Ḥasan. — *Al-fann al-islāmi.*

زكي حسن الفن الاسلامي

Anonyme. — *Précis de l'histoire d'Egypte* par divers historiens et archéologues. Le Caire, 1932.

# TABLE DES MATIÈRES

Introduction . . . . . 9

PREMIERE PARTIE

*Chapitre premier.* — Le problème des origines . . . . 17

Section I : Notions générales . . . . . 17
§. 1er : *La doctrine traditionnelle* . . . . . 18
§. 2 : *Les auteurs modernes* . . . . . 25

Section II : La justice dans l'Arabie préislamite . . . . . 27
§. 1er : *Notions générales* . . . . . 27
§. 2 : *La justice privée* . . . . . 29
§. 3 : *La juridiction arbitrale et son domaine d'application* . . . 33
§. 4 : *Le juge ou ḥakam* . . . . . 41
§. 5 : *La nature du pouvoir du ḥakam* . . . . . 48
§. 6 : *La procédure* . . . . . 52

Section III : La justice dans l'œuvre de Mahomet . . . . . 61
§. 1er : *Généralités* . . . . . 61
§. 2 : *La justice privée* . . . . . 62
§. 3 : *Le système judiciaire.* . . . . . 64
§. 4 : *Critique de l'opinion traditionnelle.* . . . . . 67

Section IV : Les califes dits « *rāšidūn* » ont-ils organisé un système judiciaire . . . . . 72

Section V : Les origines du système judiciaire islamique . . . 83
§. 1er : *Aperçu général sur l'organisation judiciaire des provinces byzantines et persanes avant l'invasion arabe* . . . . . 83
§. 2 : *La constitution du système judiciaire musulman* . . . . 86

*Chapitre deuxième.* — Le statut juridique et religieux du ḳāḍi 100

Section I : La condition juridique du ḳāḍi . . . . . 100

Section II : Le caractère religieux de la fonction judiciaire . . . 112

*Chapitre troisième.* — L'administration judiciaire . . . 119

Section I : L'autorité compétente en matière d'administration judiciaire 119

§. 1er : *Première période : des origines à l'an 155/771.* . . . . 120
§. 2 : *Deuxième période : de l'an 185/771 à l'an 254/868* . . . . 124
§. 3 : *Troisième période : de l'an 254/868 à l'an 358/968* . . . . 144
§. 4 : *Quatrième période : l'indépendance judiciaire conséquence de l'indépendance politique* . . . . . 149

Section II : De certains cas exceptionnels. . . . . 155

Section III : Conditions d'aptitude aux fonctions Judiciaires . . . 159

§. 1er : *Conditions légales de fond* . . . . . 160
§. 2 : *Conditions de fait* . . . . . 170
§. 3 : *Conditions de validité de l'acte de nomination* . . . . 176
§. 4 : *Le diplôme d'investiture* . . . . . 180
§. 5 : *Formalité d'investiture et installation* . . . . . 184

Section IV : Le costume . . . . . 195

§. 1er : *Généralités* . . . . . 195
§. 2 : *Du milieu du IIe siècle h. jusqu'au milieu du IVe siècle h.* . . 198
§. 3 : *Période fatimite* . . . . . 206
§. 4 : *Périodes ayyubite et mamluk* . . . . . 208

*Chapitre quatrième.* — Composition du tribunal . . . . 212

Section I : La règle de l'unicité . . . . . 212

Section II : Le *consilium* ou *mašūra.* . . . . . 214

Section III : Le *mufti.* . . . . . 219

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 219
§. 2 : *L'intervention de l'autorité dans la futya* . . . . . 223
§. 3 : *Conditions d'aptitude* . . . . . 224
§. 4 : *Règles d'exercice de la futya* . . . . . 229

Section IV : Le *consilium* du magistrat en Espagne . . . . . 230

§. 1er : *Le caractère obligatoire de la šūra.* . . . . . 231
§. 2 : *La condition juridique du mušāwar* . . . . . 232

Section V : La *šahāda* . . . . . 236

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 236
§. 2 : *Conditions d'aptitude à la šahāda.* . . . . . 242
§. 3 : *Le rôle des šuhūd dans l'organisation judiciaire* . . . . 245

Section VI : Les auxiliaires de justice . . . . . 252

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 252
§. 2 : *Les attributions des auxiliaires de justice* . . . . . 254

Section VII : Les défenseurs de justice . . . . . 262
§. 1er : *Notions générales* . . . . . 262
§. 2 : *Formation du mandat judiciaire* . . . . . 264
§. 3 : *Effets du mandat* . . . . . 267
§. 4 : *Extinction du mandat* . . . . . 269
§. 5 : *Moralité des wukalā'* . . . . . 271
§. 6 : *Discipline des wukalā'* . . . . . 274

Section VIII : L'audience du juge . . . . . 275
§. 1er : *Le prétoire* . . . . . 275
§. 2 : *Le règlement de l'audience* . . . . . 279
§. 3 : *Jours et heures d'audience* . . . . . 283
§. 4 : *Police de l'audience* . . . . . 284

*Chapitre cinquième.* — Les mœurs judiciaires . . . . . 287

Section I : L'enseignement de la doctrine . . . . . 287

Section II : L'état réel des mœurs judiciaires . . . . . 293

*Chapitre sixième.* — La rétribution des fonctions judiciaires 333

Section I : L'enseignement de la doctrine . . . . . 333

Section II : La nature juridique de la rétribution . . . . . 334

Section III : La pratique . . . . . 337

*Chapitre septième.* - Les attributions du ḳaḍi . . . . . 342

Section I : Notions générales . . . . . 342
§. 1er : *De la compétence du ḳāḍi, en général* . . . . . 342
§. 2 : *Extensions et restrictions de compétence* . . . . . 353

Section II : Les attributions ordinaires . . . . . 357
§. 1er : *La juridiction contentieuse ordinaire* . . . . . 357
§. 2 : *La juridiction gracieuse* . . . . . 359
§. 3 : *L'exécution des testaments* . . . . . 374
§. 4 : *L'administration des waḳf* . . . . . 375
§. 5 : *L'exécution des décisions judiciaires* . . . . . 384
§. 6 : *Les attributions religieuses* . . . . . 387
§. 7 : *L'enseignement* . . . . . 397

Section III : Les attributions extraordinaires . . . . . 403

§. 1er : *Le bayt al-māl ou trésor public* . . . . . 404
§. 2 : *La monnaie* . . . . . 410
§. 3 : *Attributions militaires, politiques, administratives* . . . 413

Section IV : Renvois . . . . . 429

## DEUXIEME PARTIE

*Chapitre premier.* — La justice des *maẓālim* . . . . . 433

Section I : La notion de maẓālim . . . . . 433

§. 1er : *Les faits justiciables* . . . . . 434
§. 2 : *Autorité compétente.* . . . . . 438
§. 3 : *Le pouvoir de décision* . . . . . 441
§. 4 : *La procédure* . . . . . 443

Section II : La notion restreinte de maẓālim (*siyāsa*) . . . . . 446

Section III : Les attributions des *maẓālim* . . . . . 452

§. 1er : *Le contentieux administratif* . . . . . 453
§. 2 : *Le contrôle purement auministratif des services publics.* . . 460
§. 3 : *Le contentieux ordinaire.* . . . . . 463
§. 4 : *Attributions diverses* . . . . . 472

Section IV : Les organismes des *maẓālim* et leur fonctionnement . . 474

§. 1er : *L'exercice des maẓālim par les souverains* . . . . . 475
§. 2 : *L'exercice des maẓālim par les ministres et gouverneurs.* . . 481
§. 3 : *Le pouvoir des maẓālim délégué* . . . . . 484

Section V : L'organisation du tribunal des *maẓālim* . . . . . 494

§. 1er : *Notions théoriques générales* . . . . . 494
§. 2 : *Les applications pratiques* . . . . . 496
§. 3 : *Jours et lieux d'audience. — Publicité* . . . . . 506

Section VI : Les origines . . . . . 512

§. 1er : *L'opinion traditionnelle* . . . . . 512
§. 2 : *Critique de l'opinion traditionnelle et solution préposée.* . . 515

Section VII : L'institution des *maẓālim* dans l'Espagne musulmane . . 521

*Chapitre deuxième.* — Les juridictions spéciales . . . . . 527

Section I : Le *ḳaḍā' al-'askar* . . . . . 527

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 527
§. 2 : *Le statut juridique du ḳāḍi al-ʿaskar* . . . . . 530
§. 3 : *L'organisation autonome de la juridiction du ḳāḍi al-ʿaskar.* . 533
§. 4 : *La compétence.* . . . . . 535

Section II : Le *ḥāǧib* . . . . . 537

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 537
§. 2 : *La fonction de la ḥiǧāba à l'époque mamluk.* . . . . . 539

Section III : *Al-mawārīṯ al-ḥašrıyya* . . . . . 545

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 545
§. 2 : *Origines et développement de l'institution* . . . . . 547

Section IV : *Wilāyat al-niḳāba ʿala ḏawi al-ansāb* . . . . . 550

§. 1er : *Notions générales* . . . . . 550
§. 2 : *Attributions* . . . . . 554

Section V : Diverses autres juridictions spéciales . . . . . 559

Section VI : Juridictions administratives . . . . . 564

*Chapitre troisième.* — La juridiction répressive — La *šurṭa* . 567

Section I : Notions sommaires sur la théorie du droit pénal dans la doctrine juridique . . . . . 568

Section II. Organisation de la *šurṭa* . . . . . 573

§. 1er : *Terminologie* . . . . . 573
§. 2 : *Les origines de la šurṭa* . . . . . 576
§. 3 : *Organisation administrative* . . . . . 579

Section III : Les attributions de la šurṭa . . . . . 588

§. 1er : *La police.* . . . . . 589
§. 2 : *L'exercice de la répression* . . . . . 595
§. 3 : *Les ḳāḍi ont-ils exercé la juridiction répressive* . . . . 600
§. 4 : *La procédure devant la šurṭa* . . . . . 603
§. 5 : *Les sanctions applicables.* . . . . . 609
§. 6 : *La šurṭa organe d'exécution* . . . . . 612
§. 7 : *La šurṭa auxiliaire du ḳāḍi* . . . . . 614

*Chapitre quatrième.* — La ḥisba et l'administration municipale 616

Section I : Notions générales . . . . . 616

Section II : Organisation de la fonction publique de la ḥisba . . . 622

Section III : Le caractère religieux de la ḥisba . . . . . 628

Section IV : Attributions . . . . . 631

§. 1er : *Attributions théoriques* . . . . . 631
§. 2 : *Les attributions réelles* . . . . . 634

Section V : La compétence judiciaire civile des muḥtasib. . . . 645

Section VI : Caractère prétorien de la ḥisba et sanctions applicables. . 648

# INDEX ALPHABÉTIQUE

## A


Abbadides, 418
*'Adāla*, 166 s., 226, 242, 248, 256
*Aḏān*, 392
*'Aḏba*, 207 s., 210
*Adoratio*, 188
Affermage (des charges), 302 ss., 339, n. 8, 544
*'Ahd*, 180
*Aḥdāṯ*, 575
*Ahl al-bayt*, 551
Aliénation mentale, 360
*'Amāma*, v. turban
*Amīn al-ḥukm*, 259
Animaux (protection des...) 632, 638
Arbitrage, 64, 73, v. *Ḥakam*
*'Arīf*, 627 s., 636, 640
*'Asas*, 575, 577, 590
*'Asasi*, 575.
*Aṣḥāb al-rub'*, 575, 591
*Ašrāf*, 552, 554 s., 570
*Ašrāf al-ašrāf*, 570
*'Assa*, 590
*Atābek*, 492
Avocats, 262, ss. ; v. *Wakāla*
*'Awn*, 259
*Aym*, 372


## B


*Bāb*, 492, 499
*Baḏl*, 302, 305
*Baraka*, 321 n. 6.
Barbe, 205
Bastonnade 286
*Basūs* (guerre de...) 50
*Bawwāb*, 258, 281
*Bayt al-māl*, 298, 363, 403 ss.
*Bayt māl al-muslimīn*, 13
*Bayyna*, 237
Biens en déshérence, 368, 547 ss., v. *Mawārīṯ ḥašryya*
*Biṭāna*, 251, 293
Bureau des œuvres pies, 383


## C


Calomnie, v. *Kaḏf*
Castration, 611, v. Peines
Chrétiens, V. *Ḏimmi*
Coiffure 209
Collégialité, 212 s., v. Unicité
Compositions 32, 63 ; V. *Diya*
*Consilium*, 84, 108, 213, 217, 230 ss., 246, 255, 281, v. *Šūra*
Corruption, v. *Rašwa*, Vénalité
Costume, 195 ss., 629
Coutumier syro-romain, 89, 118, v. *Šūra*

## D

*Dāʿi al-duʿāt*, 624
*Ḍamīn*, 57
*Dann* 202
*Dannyya*, 202 s.
*Dār al-ʿadl*, 279, 425, 502, 511, 625, v. *Nāʾib dār al-ʿadl*
*Dār al-ʿāmma*, 509, 511
*Dār al-ḍarb*, 411
*Dār al-ʿilm*, 393
*Dār al-maʿūna*, 585
*Dār al-maẓālim*, 511 ; v. *Maẓālim*
*Darrābūn*, 575
*Daʿwa*, 465, 607
*Dāwādār*, 492
*Dāwādār al-sulṭān*, 384
*Dayyān*, 46 s.
Déconfiture, v. *Iflās*
Défenseurs en justice, v. *Wakāla*
*Defensor civitatis*, 84
Délégation 11 s., 100 ss., 119 s., 153, 484
Déportation, 650
*Ḍimma*, 89 ; v. Dimmi
*Ḍimmi*, 90, 98, 114, 256, 264, 546, 642 ss. v. *Naẓar al-ǧawāli*
Divination, 56, 58
*Dīwān*, 78 s., 194
*Diwān al-ḫāṣ*, 427
*Dīwān al-ḥašr*, 549
*Dīwān al-ṭuġra*, 426
Diya, 53, 60, 63 ss., 597; v. Compositions
*Ḍuʾāba*, 207, 210
*Durra*, 286

## E

Enfants trouvés, 366
Enseignement, 222, 398 ss., 639
Esclaves 165 s., 227, 264, 632, 638
Evêques, 84

## F

*Faraǧyya*, 210
*Farḍ kifāya*, 113, 619
*Fatwa*, 219, 347, v. Mufti
*Fayʾ*, v. *Ġanīma*
*Fiḳh*, 397
*Fornication*, v. *Zina*
Fustigation, 286, 649
*Futya*, 219, v. Mufti

## G

*Ǧāhil*, 169
*Ġāʾib*, 369 s.
*Ǧamāʿa*, 91, 98, v. *ḳāḍi al-ǧamāʿa*
*Ǧāmikyya*, 402
*Ġanīma*, 405
Ġār, 30
*Ġāsila*, 640
*Ǧawāli*, v. *Naẓar al-ǧawāli*,
*Ġazu*, 413
*Ǧihād*, 413

*Ǧilwāz*, 258, 281
*Ǧinayāt*, 567
Greffier, v. *Kātib*
*Ǧizya*, 88
*Ġuṣūb sulṭānyya*, 464

## H

*Hadyya*, 289
*Ḥāfiẓ*, 576, 583
*Haǧǧ*, 397
*Ḥāǧib* 13, 99, 110, 258, 281, 455, 499, 537 ss., 583.
*Ḥāǧib al-ḥuǧǧāb*, 540
*Ḥakam*, 41 ss., 64 ss., 73 ss.
*Ḥākim*, 110, 277, 524, 561 ss., 576
*Ḥalīf*, 30, 52
*Ḥāmil al-damm*, 30
*Ḫarāǧ*, 88, 92, v. *Dimmi*
*Ḥaras*, 593
*Ḫarīṭa*, 194
*Ḥaṣm*, 263, 649
*Ḫaṭīb*, 115
*Ḫāzin dīwān al-ḥukm*, 260
Hérédité (des charges), 311 ss., v. Affermage
*Ḥiǧāba*, v. *Ḥāǧib*
*Ḥiǧba*, 537, v. *Ḥāǧib*.
*Ḫil'a*, 185, 189, 206 s. ; 332,
*Ḥilf*, 515 s.
*Ḥilf al-fuḍūl*, 513, 515
*Hirbed*, 85
*Ḥisba*, 235, 302, 348, 460, 512, n. 2, 617 ss.
*Ḥisbat al-sūḳ*, v. *Sūḳ*
*Ḫiṭāba*, v. *Ḫuṭba*, *Ḫaṭīb*
*Ḫiṭṭat al-aḥkām*, 111
*Ḫiṭṭat al-mawārīṯ*, 548 ; v. *Mawārīṯ*
*Ḫiṭṭat al-maẓālim*, 524
*Ḫiṭṭat al-sūḳ*, v. *Sūḳ*
*Ḥubūs* 12 ; v. *Waḳf*
*Ḥudūd*, 567 ss., 585, 597
*Ḫuff*, 204, 210
*Ḥuǧūbyya*, 537
*Ḫukayyem*, 46
*Ḫukm* 69, 465
*Ḥukm al-maẓālim*, 465
*Ḥukm fi'li*, 351
*Ḫukm ḳawli*, 351
*Hury*, 407
*Ḫuṭba*, 388, 390 ss., 585

## I

*Iflās*, 360, 367
*Iftā' dār al-'adl*, 224
*Iǧtihād*, 168, 226
*Iḥtisāb*, 234, 626
*'Ilm*, 81, 310, v. Science juridique, *Iǧtihād*
*Imperium*, 343, 441, 442
Intercession, 292
Interprète, v. *Mutarǧim*
*Irtizāḳ*, v. *Rizḳ*
*Isfahalsār al-'asākir*, 499
*Isǧā'*, v. *Saǧ'*
*Istibdāl*, 378
*Istisḳā'*, 115
*I'tiḳāl*. v. Saisie conservatoire
*'Iyār*, v. *Sikka*.

## J

*Judex provinciæ*, 83
Juifs, v. *Dimmi*
Juridiction répressive, 566 ss., v. *Šurṭa*
*Jurisdictio*. v. *Ḳaḍā'*
*Jurisdictio voluntaria*, 353,
*Jus respondendi*, v. Mufti
Justice extraordinaire, 342 ss., 445, 525

## K

*Ḳabḍ*, 193
*Ḳaḍā'*, 65, 445, v. Juridiction extraordinaire, *Jurisdictio voluntaria*
*Ḳaḍā' al-ʿaskar*, 526 ss., v. *Ḳāḍi al-ʿaskar*
*Ḳaḏf*, 567, 611
*Ḳāḍi*, 11, 13, 69, 97 s., 110, 422 n. 2, 600 s.
*Ḳāḍi al-ankiḥa*, 111, 560 s.
*Ḳāḍi al-ʿaskar*, 13, 473, n. 2, 503, 541
*Ḳāḍi al-ǧamāʿa*, 91, 130 ss., 523
*Ḳāḍi al-ǧund*, 110
*Ḳāḍi al-ḳuḍāt* 11, 106, 124 s., 128 ss., 171, 174, 311, 329, 348,
Ḳāḍi des eaux 111, 559 n. 2
Ḳāḍi de la mosquée, 560
*Ḳāḍi al-muslimīn*, 91
*Ḳāḍi al-šurṭa*, 111 ; v. *šurṭa*
*Kafīl al-mamālik al-sulṭānyya*
*Kāhin* 43 s., 47, 50, 56
*Kāhina*, v. *Kāhin*
*Ḳalansuwa*, 196 ss.
*Kamala* 53
*Ḳaṣaṣ* 117, 276, 338, 388, 398, 409
*Ḳāsim*, v. *Ḳassām*
*Ḳassām*, 259
*Kātib*, 255
*Kātib dawāwīn al-inšā*, v. *Kātib dīwān al-inšā'*
*Kātib dīwān al-inšā'*, 425
*Ḳayyim*, 370
*Ḳimaṭr*, 253 ss.
*Ḳiṣāṣ*, 62 ss., 597, 611
*Kitāb al-huda*, 90, 118
*Kitābat al-sirr*, 422, 425 s.,
*Ḳuṣṣāṣ*, v. *ḳaṣaṣ*

## L

*Laṭḫ*, 386
Liberté (état de...) 165 ; v. Esclaves
*Litis contestatio*, 51
*Luḳṭa*, 371, v. *Res derelicta*

## M

*Maʿāwin*, 575
*Madrasa*, 279
*Maḏhab*, 172 ss.
*Mafḳūd*, 369 s.
*Mahr*, 374
*Malik*, 417
*Maʿlūm*, 402
*Manšūr*, 182, 184

Marchés ( police des... ) 635 ss.
*Marsūm*, 182
*Mašāhid*, 394
*Mašūra*, v. *Šūra*
*Mašyaḫat al-šuyūḫ*, 347
*Mawārīṯ*, 235, 616 n. 2
*Mawārīṯ ḥašrya*, 545 ss.
*Mawkeb*, 187, 189. 475, 504
*Mawla*, 221
*Mawṯiḳ*, v. *Mīṯāḳ*
*Mawṯūr*, 30
*Maẓālim* 13, 103, 110, 127, 218, 247, 342, 348, 425, 433, s., 541
*Mazālim al-ʿaskar*: 473, n. 2
*Mazlama*, 436
*Miḥna*, 175
*Minbar*, 91
*Mīṯāḳ*, 57
*Mnémon*, 245
Mobed-mobedan, 85 s., 118, 129, 520
Mœurs judiciciaires, 271, 315 ss.
Mosquées, 393, 630 s.
*Mu'addin*, 115
*Mudarris*, 222
*Mūdaʿ al-ḳuḍāt*, 407
*Mufti*, 219, ss., 503
*Muǧtahid*, v. *Iǧtihād*
*Muḥāṣama*, 465
*Muḥtasib*, 275, 279, 459, 503, n. 1, v. Ḥisba
*Mulāzama*, 632
Mule ( — du ḳāḍi ), 208, 211
*Multaḳiṭ*, v. Enfants trouvés,
*Mulūk al-ṭawā'if*, 418
*Munāfara*, 39
*Musaddid*, 111, 563
*Mušāraṭāt*, v. Affermage
*Mušāwar*, 222, 231 ss., v. *Consilium, mufti*
*Mušḥiṣ*, 259
*Mušīr*, 217
*Mustafti*, 219
*Mustawfi al-murtaǧaʿ*, 565
*Mutawalli al-šurṭa*, 576
*Mutarǧim*, 258
Muʿtazilite ( doctrine... ), 127, 175
*Muwaḳḳiʿ bil-ḳalam al-daḳīḳ*, 499
*Muwakkiʿ dār al-ʿadl*, 501
*Muzakki*, 358, 562, v. *Tazkiya*

## N

*Nā'ib*, 101 ss., 420, 425, 483, 499, 532
*Nā'ib al-salṭana*, 541, v. Délégation
*Nā'ib dār al-ʿadl*, 501
*Nā'ib kafīl*, 420
*Naḳīb*, 499
Nationalité, 171
*Naẓar al-asra*, 427, n. 1
*Naẓar al-aswāḳ*, 427, n. 1
*Naẓar al-bayt wal-ḫaṣiya*, 427, n. 1
*Naẓar al-dawla*, 426
*Naẓar al-ǧawāli*, 427, n. 1
*Naẓar al-ǧayš*, 427, n. 6.
*Naẓar al-ḫāṣ*, 426
*Naẓar al-ḫizāna*, 427
*Naẓar al-maẓālim*, 445
*Naẓar al-nuẓẓār*, 426
*Nāẓir al-ǧayš*, 565, v. *Naẓar al-ǧayš*
*Nāẓir al-mawārīṯ*, 548
*Naẓar al-ribāʿ*, 427, n. 1
Nécessité ( théorie de la... ), 159
*Niḳāba ʿala ḏawi al-ansāb*, 552
*Nikābat al-ašrāf*, 554
*Niḳābat al-ṭālibyyn*, 553
Notariat. 346, 616 n. 2, 640
Noir, 205

## P

« Parfaits » v. *Kamala*
Pari, 53
Peines, 609 ss., 649 s.
Pèlerinage, v. *Ḥaǧǧ*
Police, 589 ss., 635, 639
Pouvoir réglementaire, 344,
Prison du gouverneur, 385
Prison du juge, 385
Puberté, 161, 163 s., 226, 242, 264
Publicité ( — de l'audience du juge ), 282, 507

## R

Race, 171
*Radd*, 235
*Rahn*, 54, 56, 57 n. 1
*Ra'īs*, 45, 417 s.
*Rasūl*, 259
*Rašwa*, 289, ss.; v. Mœurs judiciaires
*Record*, 245
*Res derelicta*, 290, 359, 368 s., 545
Rétribution ( des fonctions judiciaires ) 333, ss.
*Rizk*, 335
*Ruk'a*, 229, 520

## S

*Sacramentum*, v. Pari
*Sadaḳāt*, 361
*Safah*. 360, 367
*Saǧ'*, 58
*Ṣāḥib*, 417
*Ṣāḥib al-bāb*, v. *Bāb*
*Ṣāḥib al-damm*, 30
*Ṣāḥib al-ǧisr*, 576, n. 1
*Ṣāḥib al-kūra*, 93, 345
*Ṣāḥib al-layl*, 576, 590
*Ṣāḥib al-madīna*, 576
*Ṣāḥib al-maǧlis*, 259
*Ṣāḥib al-masā'il*, 241, 250, 258, 297
*Ṣāḥib al-mawārīṯ*, 548, v. *Mawārīṯ ḥašryya*
*Ṣāḥib al-maẓālim*, 443, 445, 492
*Ṣāḥib al-rub'*, 591
*Ṣāḥib šurṭat al-ḥukm*, 607
*Ṣāḥib dīwān al-māl*, 499
*Ṣāḥib dīwān al-inša*, 492, 499
*Šahāda*, 236 ss.
*Sa'i*, 305
Saisine ( du juge ) 356 s., 603 ss.
Saisie conservatoire, 385
*Ṣalāt*, 388
*Sariḳa*, 268
*Šarṭ*, v. Affermage
*Šayḫ*, 28, 357 ; v. *Mašyaḫat al-šuyūḫ*
*Sayyd*, 28, 33, 41, 45
Science juridique, 168 s., 318 s., 630, v. *'Ilm*, *Iǧtihād*
Sexe masculin, 160 s., 227, 242, 264 s.
Séparation des pouvoirs, 106, 152
*Siǧill*, 181, 184, 244, 253
*Šiḥna*, 576, n. 1
*Siḥnakyya*, 576, n. 1
*Sikka*, 391, 410 ss., 616 n. 2
*Siyāsa*, 543, 573, 598, 605 s., v. *Siyāsa šar'yya*

*Siyāsa šar'iyya*, 343, 446, ss.
Successions vacantes, v. Biens en déshérence ; *Mawārīṯ ḥašryya*
*Ṣuḥba al-šarīfa*, 426
*Šuhra*, v. *Tašhīr*
*Suḥt*, 289
*Šuhūd* v. Šahāda, 281, 364, 496, 499
*Sūk*, 623, 626, 645
Sultan, 153
*Šūra*, 214 ss., 230
*Šuraṭ*, 574
*Šurb*, 568
*Šurṭa*, 13, 110, 186, 302, 348, 566 ss.
*Šurṭat al-asfal*, 579 ss.
*Šurṭat al-'askar*, 579 s.
*Šurṭat al-fawk*, 579
*Šurṭat al-ḫamīs*, 578
*Šurṭat al-ḫāṣṣa*, 580
*Šurṭat al-madīna*, 579 s.
*Šurṭat al-wusṭa*, 582
*Šurṭat al-'ulyā*, 579 ss.
*Šurṭyya*, 574

## T

*Ṭabakiyyāt*, 251
*Tābūt*, 363, 406
*Tafwīḍ*, 182
*Taġrīb*, 567
*Taḥkīm*, v. *Ḥakam*, Arbitrage
*Taḥnīk*, 645
*Taklīd*, 181 s., 233
*Ṯa'r*, 29 s., 63 ss.
*Ṭarḥa*, 209
*Tašhīr*, 611, 650
*Taslīm*, 193
*Ṭawīla*, 200, 205
*Tawkīf*, v. Saisie conservatoire
*Ta'zīr*, 285, 569, s., 609, 648
*Tazkiya*, 238, ss., 562
Témoignage, 82, 247, v. Šahāda
Testaments, 374, v. Hérédité (des charges)
*Turak ḥošryya*, 549 ; v. *Mawārīṯ ḥašryya*
Turban, 196 ss., 206, 210
*Ṭuwāf bil-layl*, 590

## U

*'Udūl*, 239, v. *Šuhūd*
'Ukāz, 46 s., 55
*Umarā' al-mašūra*, 502
Unicité ( du juge ), 108, 213, ss.
Unicité ( du mufti ), 222
*'Ušr*, 92
*Ustāz al-ǧamā'a*, 132

## V

Vénalité, 302, 308, 316, 337, v. Affermage
Voierie ( police de la... ) 638
Vol, v. *Sariḳa*

## W

*Wakāla*, 262 ss., 640
*Wakālat bayt al-māl*, 408
*Wakīl*, v. *Wakāla*
*Wakīl bayt al-māl*, 503
*Waḳf*, 13, 115, 374 ss., 461, 556, 585
*Waḳḳāfūn*, 505
*Wāli al-ǧarā'im*, 595 ; v. *Šurṭa*
*Wali al-damm* 30 s., 62 ss.
*Wāli al-ḥarb*, 576, 581 ; v. *Šurṭa*
*Wāli al-šurṭa*, 576, v. *Šurṭa*
*Wazāra*, 403, 419 ss., 425, 538, 583, v. *Wazīr*
*Wazīr*, 97, 153, 348, 403, 481, 550
*Wazīr al-ǧund*, 505
*Wazīr al-wuzarā'*, 420, n. 1
*Wilāyat al-madīna*, 582
*Wilāyat al-mawārīṯ*, 548
*Wilāyat al-maẓālim*, 445
*Wilāya naẓaryya*, 353
*Wilāyat al-niḳāba 'ala ḏawi al-ansāb*, 550 ss.
*Wilāyat al-šurṭa*, 581
*Wilāyat al-sūḳ*, v. *Sūḳ*

## Z

*Zakāt*, 569
*Zina*, 567
*Zulāma*, 436, 467, v. *Maẓālim*
*Ẓulm*, 436

IMPRIMERIE ST. PAUL
HARISSA - LIBAN